مباني العروة الوثقى

محاضرات زعيم الحوزة العلمية آية الله العظمى
السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي
دام ظله العالي

الجزء الثاني

بسم الله الرحمن الرحیم

مبانی العروة الوثقی

کاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعة:

دار العلم

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

مبانی العروه الوثقی المجلد ۲

اشاره

نام کتاب: مبانی العروه الوثقی

موضوع: فقه استدلالی

نویسنده: خویی، سید ابو القاسم موسوی

تاریخ وفات مؤلف: ۱۴۱۳ ه ق

زبان: عربی

قطع: وزیری

تعداد جلد: ۲

ناشر: منشورات مدرسه دار العلم- لطفی

تاریخ نشر: ۱۴۰۹ ه ق

نوبت چاپ: اول

مکان چاپ: قم- ایران

مقرر: خویی، شهید، سید محمد تقی موسوی

تاریخ وفات مقرر: ۱۴۱۵ ه ق

[کتاب المساقاه]

اشاره

کتاب المساقاه و هی معامله علی أصول ثابته بحصه من ثمرها، و لا إشکال فی مشروعیتها فی الجمله، و یدل علیه مضافا إلی العمومات (۱)، خبر یعقوب بن شعیب (۲) عن أبی عبد اللّه علیه السلام: «سألته عن الرجل یعطی الرجل أرضه، و فیها رمان أو نخل أو فاکهه، و یقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لک نصف ما اخرج، قال: (ع) لا بأس» «۱» و جمله من اخبار خیبر، منها: صحیح الحلبی قال:

(۱) قـد عرفت غير مره أن العمومات و الإطلاقات لا تشـمل المعاملات التى تتضـمن تمليك المعـدوم، فإنه أمر غير جائز و لذا لا نعهد فقيها يلتزم بصحه ذلك فى غير المضاربه و المزارعه و المساقاه.

و من هنا: فلا مجال للتمسك بها، و لا بد فى الحكم بالصحه من التمسك بالدليل الخاص.

(۲) الروايه صحيحه السند و واضحه الدلاله.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۹ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، ح ۲.)

«أخبرنى أبو عبـد اللّه (ع) أن أباه حـدثه أن رسول اللّه (ص) أعطى خيبرا بالنصف أرضـها و نخلها، فلما أدركت الثمره بعث عبد اللّه بن رواحه.» «۱» هذا مع أنها من المعاملات العقلائيه و لم يرد نهى عنها (۱) و لا غرر فيها حتى يشملها النهى

عن الغرر.

[و يشترط فيها أمور]

اشاره

و يشترط فيها أمور:

[(الأول): الإيجاب و القبول]

(الأول): الإيجاب و القبول (۲) و يكفى فيهما كل لفظ دال على المعنى المـذكور (۳) ماضيا كان أو مضارعا أو أمرا، بل الجمله الاسميه مع قصد الإنشاء بأى لغه كانت، و يكفى القبول الفعلى بعد الإيجاب القولى، كما انه يكفى المعاطاه (۴).

---

(۱) ظهر الجواب عن ذلـك فيمـا تقـدم، فان كل معامله لا تكون من التجاره عن تراض تكون منهيا عنها بمقتضـى قوله تعالى «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ»، و لما لم تكن هـذه المعامله منها لما عرفته من تضـمنها لتمليك المعدوم كانت محكومه بالفساد لا محاله.

(۲) على ما يقتضيه كونها من العقود. فإنها متقومه بالإيجاب و القبول و المعاهده من الطرفين.

(۳) إذ ليس الإنشـاء إلا إبراز الاعتبار النفسانى بمبرز فى الخارج فيكفى كل ما قام بهـذا الـدور ما لم يرد الـدليل على اعتبار لفظ معين بخصوصه.

(۴) و هو بناء على ما اخترناه من كون صحه المعاطاه على القاعده

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۰ من أبواب بيع الثمار، ح ۲.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۳

....

واضح، و أما بناء على خلاف ذلك فالقول بصحتها فى المقام يحتاج إلى الدليل الخاص.

و من هنـا فقـد استشـكل فيهـا بعضـهم من جهه أنهـا ليست كسـائر المعاملات، فإنها تختلف عنها بلحاظ غرريتها و احتمال عـدم

تحقق الحاصل فيها بالمره أو قلته.

و قـد أجيب عنه فی بعض الكلمات بكفايه العمومات و الإطلاقات للحكم بصـحتها فی الفرض، فإنها شامله لها على حد شـمولها لسائر المعاملات.

الا ـ انه مردود بما عرفته غير مره من ان العمومات و الإطلاقات لا تشـمل مثل هـذه المعامله المتضـمنه لتمليک المعـدوم بالمره، و عليه فلا يمكن التمسک بها لإثبات

مشروعيتها فضلا عن القول بعدم اعتبار اللفظ فيها.

و من هنا: فلا بد من ملاحظه مقدار دلاله النصوص الخاصه الوارده فى المقام على المدعى.

فنقول: اما صحيحه يعقوب بن شعيب فلا إطلاق فيها ليشمل العقد المعاطاتى حيث ان المفروض فيها إنشاء العقد باللفظ، فالتعدى عنه إلى الفعل يحتاج إلى الدليل.

نعم حيث ان اللفظ و هو قوله: «اسق هذا من الماء و اعمره.»

وارد فى كلام السائل دون الامام (ع)، فمن القريب جدا دعوى ان المنصرف العرفى من ذكره و المتفاهم منه كونه لمحض إنه أسهل طريقه لابراز ما فى نفسه من الاعتبار و المعاهده مع الطرف الآخر خاصه من دون ان يكون فيه اى خصوصيه تلزمه، و الا للزم الاقتصار فى مقام الإنشاء على هذا اللفظ الوارد خاصه كما هو الحال فى الطلاق بل و عدم كفايه ترجمته أيضا و هو مما لا يقول به أحد.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۴

[(الثانى): البلوغ و العقل]

(الثانى): البلوغ و العقل و الاختيار (۱).

[(الثالث): عدم الحجر]

(الثالث): عدم الحجر لسفه أو فلس (۲).

و الحاصل: ان المتفاهم العرفى من صحيحه يعقوب بن شعيب كون ذكر اللفظ المعين، مبرزا من المبرزات من دون ان تكون له خصوصيه ملزمه.

و من هنا: تكون هذه الصحيحه مطلقه من هذه الجهه.

و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا بعدم دلاله صحيحه يعقوب بن شعيب على المدعى فالروايات المعتبره الوارده فى إعطاء النبى (ص) لأرض خيبر كافيه فى إثباتها، حيث لم يذكر فى جمله منها لفظ مطلقا، و انما المذكور فيها انه (ص) أعطاهم أرض خيبر. و هو كاف فى إثبات المدعى.

هذا كله مضافا إلى إمكان الاستدلال عليه بالأولويه القطعيه، فإنه إذا جاز إنشاء المعاملات المبنيه على الضبط و الدقه بالفعل، جاز إنشاء المعاملات المبنيه على التسامح به بطريق أولى.

(۱) و هی شروط المتعاوضین فی جمیع العقود بقول مطلق، سواء فی ذلک البیع و الإجاره و المزارعه و المساقاه و غیرها.

و قد عرفت أدلتها فی کتاب البیع فإن الصبی لا یجوز أمره حتی یحتلم و المجنون بحکم البهائم و المکره غیر ملزم بشی ء.

(۲) لما تقدم، غیر انه کان علی الماتن (قده) التنبیه علی اختلاف نحو شرطیه هذا عما تقدم علیه، فان الشروط الأول مشترکه بین المالک و العامل حیث تعتبر فیهما معا، فی حین أن هذا مختص بالمالک خاصه دون العامل فان المفلس و السفیه انما هو ممنوعان من التصرف

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۵

[(الرابع): کون الأصول مملوکه عینا و منفعته، أو منفعه فقط]

(الرابع): کون الأصول مملوکه عینا و منفعته، أو منفعه فقط أو کونه نافذ التصرف فیها لولایه أو وکاله أو تولیه (۱).

[(الخامس): کونها معینه عندهما معلومه لدیهما]

(الخامس): کونها معینه عندهما معلومه لدیهما (۲).

[(السادس): کونها ثابته مغروسه]

(السادس): کونها ثابته مغروسه، فلا تصح فی الودی (۳) ای الفسیل قبل الغرس.

[(السابع): تعیین المده بالأشهر و السنین]

(السابع): تعیین المده بالأشهر و السنین (۴) و کونها

فی مالهما خاصه، دون الکسب و تحصیل المال، إذ لا حجر علیهما من هذه الجهه.

(۱) إذ لولاها کان العقد فضولیا محکوما بالبطلان.

(۲) لا لاستلزام عدمها الغرر حتی یقال انها معامله مبنیه علیه و علی الجهاله، و انما لعدم الدلیل علی صحتها فی هذه الصوره، فإن عمده الدلیل علی صحه المساقاه منحصره- و کما عرفت- فی صحیحه یعقوب بن شعیب و اخبار إعطاء رسول اللّه (ص) لأرض خیبر، و حیث ان موردها جمیعا معلومیه الأرض لدی الطرفین، فلا یبقی دلیل علی صحتها مع عدم المعلومیه حتی و لو لم نلتزم بنفی الغرر فی جمیع الموارد و التزمنا باختصاص دلیله بالبیع کما هو الصحیح.

(۳) و هو ینافی ما سیأتی منه (قده) فی المسأله السادسه من الالتزام بصحتها للعمومات و ان لم تکن من المساقاه المصطلحه.

و كيف كان: فما ذكره فى المقام هو الصحيح، فان العمومات و الإطلاقات غير شامله لما يتضمن تمليك المعدوم بالفعل على ما تقدم غير مره.

(۴) لما تقدم، و لان ما لا تعين له فى الواقع لا يمكن الإلزام أو

بمقدار يبلغ فيه الثمر غالبا (۱). نعم لا يبعد جوازها فى العام الواحد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الأشهر، لأنه معلوم بحسب التخمين، و يكفى ذلك فى رفع الغرر (۲) مع انه الظاهر من روايه يعقوب بن شعيب المتقدمه (۳).

[(الثامن): أن يكون قبل الظهور الثمر أو بعده و قبل البلوغ]

(الثامن): أن يكون قبل الظهور الثمر أو بعده و قبل البلوغ (۴) بحيث كان يحتاج بعد إلى سقى أو عمل آخر،

الالتزام به، فإنه غير قابل له كما هو واضح.

نعم لا يبعد الحكم بصحه العقد إذا أنشأ على نحو الدوام،

و لعله هو الظاهر من اخبار خيبر حيث لم يرد في شي ء منها تحديد فتره كون الأرض بيدهم، بل و في بعض روايات العامه انه (ص) جعل لنفسه الخيار و انه متى أراد أن يخرجهم من الأرض كان له ذلك فإنه كالصريح في التأبيد و عدم التحديد بمده معينه، و الحاصل: انه لا يبعد شمول النصوص لمثل هذا العقد و إن كان غير معين عند الطرفين، إذ يكفي فيه كونه معينا في الواقع.

و لعل هذا هو المتعارف في العقود الخارجيه في المزارعه و المساقاه معا، فإن أرباب الأراضي و البساتين يعطون أراضيهم و بساتينهم إلى الفلاحين ليزرعوها و يسقوها من غير تحديد للمعامله بحد معين.

(۱) و الا حكم ببطلان العقد للغويته نظرا للعلم بعدم تحققه في الخارج.

(۲) على انه لا دليل على استلزامه للبطلان في غير البيع.

(۳) حيث لم يذكر فيها تحديد المده بحد معين.

(۴) على ما يقتضيه إطلاق صحيحه يعقوب بن شعيب، فان مقتضاه عدم الفرق بين ظهور الثمر و عدمه.

مباني العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۷

و أما إذا لم يكن كذلك ففي صحتها إشكال (۱) و ان كان محتاجا إلى حفظ أو قطوف أو نحو ذلك.

[(التاسع): أن يكون الحصه معينه مشاعه]

(التاسع): أن يكون الحصه معينه مشاعه (۲)، فلا تصح مع عدم تعينها إذا لم يكن هناك انصراف، كما لا تصح إذا لم تكن مشاعه بأن يجعل لأحدهما مقدارا معينا و البقيه للآخر. نعم لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجارا معلومه و للآخر اخرى (۳)، بل و كذا لو اشترط اختصاص

---

(۱) و لعل وجه احتمال الصحه هو التمسك بالعمومات و الإطلاقات و الا فالروايات الوارده في المقام لا تشمل مثله حيث ان جميعها وارده في مورد حاجه

الزرع و الثمر للسقى و العماره فلا تشمل الحفظ و القطوف.

و سيأتى التعرض إلى المسأله ثانيا إنشاء اللّه.

(۲) لعدم الدليل على صحتها من دونهما، فان الدليل- على ما عرفت- منحصر فى صحيحه يعقوب بن شعيب و اخبار خيبر، و هى بأجمعها وارده فى مورد وجود القيدين، على انه مع عدم التعيين لا يكون العقد قابلا للإلزام به من الطرفين فيحكم ببطلانه من هذه الجهه أيضا.

(۳) تعرض (قده) لنظير هذا الفرع فى المزارعه أيضا، و قد صرح فيه بالبطلان لعدم الإشاعه.

و من هنا: فيرد عليه (قده) عدم وضوح الفرق بين المقامين مع تصريحه باعتبار الإشاعه أيضا، فإنه ان صح التمسک بالعمومات و الإطلاقات فهو غير مختص بالمقام، و ان لم يصح- كما هو الصحيح- وجب الحكم بالفساد فى المقامين.

و كيف كان: فالصحيح هو الحكم بالبطلان فى المقام و فى المزارعه

أحدهما بأشجار معلومه (۱) و الاشتراک فى البقيه، أو اشترط لأحدهما مقدار معين مع الاشتراک فى البقيه إذا علم كون الثمر أزيد من المقدار و انه تبقى بقيه.

[(العاشر): تعيين ما على المالک من الأمور و ما على العامل من الأعمال]

(العاشر): تعيين ما على المالک من الأمور و ما على العامل من الأعمال (۲) إذا لم يكن هناک انصراف.

[مسائل]

[(مسأله ۱): لا إشكال فى صحه المساقاه قبل ظهور الثمر]

(مسأله ۱): لا إشكال فى صحه المساقاه قبل ظهور الثمر (۳)، كما لا خلاف فى عدم صحتها بعد البلوغ و الإدراک بحيث لا يحتاج إلى عمل غير الحفظ و الاقتطاف (۴) و اختلفوا

معا، لعدم الدليل على الصحه.

(۱) التزام (قده) بذلک فى المزارعه أيضا، لكنک قد عرفت هناک ان دليل الصحه انما يقتضى صحتها فيما إذا كان النتاج بأجمعه مشتركا بينهما، فلا يشمل صوره اختصاص أحدهما ببعضه و كان الباقى مشتركا بينهما، و الإطلاقات و العمومات لا تنفع فى تصحيحها.

و الأمر فی المقام کذلک أیضا، فإن النصوص بأجمعها وارده فی فرض إشاعه الحاصل بأجمعه بینهما و کونه مشترکا کذلک، و من هنا فلا تشمل ما نحن فیه.

(۲) علی ما تقدم بیان الوجه فیه فی المزارعه، حیث لا یمکن إلزام کل من الطرفین بشی ء، فیحکم ببطلان العقد لا محاله.

(۳) فإنها القدر المتیقن من المساقاه الصحیحه.

(۴) نسبته (قده) إلی عدم الخلاف ینافی ما تقدم منه فی الشرط الثامن من الاستشکال فی صحتها.

فی صحتها إذا کان الظهور قبل البلوغ (۱)، و الأقوی (۲)- کما أشرنا إلیه- صحتها، سواء کان العمل مما یوجب الاستزاده أو لا، خصوصا إذا کان فی جملتها بعض الأشجار التی بعد لم یظهر ثمرها (۳).

[(مسأله ۲): الأقوی جواز المساقاه علی الأشجار التی لا ثمر لها]

(مسأله ۲): الأقوی جواز المساقاه علی الأشجار التی لا ثمر لها و انما ینتفع بورقتها (۴)،

و کیف کان: فالصحیح هو الحکم بالبطلان، لقصور نصوص صحه المساقاه عن شمول مثلها، فان جمیعها وارده فی فرض احتیاج الأصول إلی العمل فیها.

(۱) بحیث یکون الثمر محتاجا للعمل و لو بلحاظ کونه موجبا لجودته.

(۲) لإطلاق صحیحه یعقوب بن شعیب، فان مقتضی ترک استفصاله (ع) هو عدم الفرق بین کون

احتياجه للعمل بعد ظهور الثمر أو قبله على ما تقدم.

(۳) فتكون محتاجه للعمل قبل ظهور الثمر و بذلك فيكون المورد من مصاديق القسم الأول المتيقن صحته.

(۴) تمسكا بالعمومات و الإطلاقات حيث ان مقتضاها عدم الفرق فى الصحه بين ماله ثمر و ما لا ينتفع إلا بورقه.

إلا إنك قد عرفت غير مره، أنها لا تشمل مثل هذه المعاملات لتضمنها لتمليك المعدوم بالفعل، فلا بد من الرجوع إلى الأدله الخاصه و هى قاصره الشمول للمقام، فإن صحيحه يعقوب بن شعيب وارده فى الأشجار المثمره فلا تشمل الأشجار التى ينتفع بورقها فضلا عن الزرع المثمر أو غير المثمر. و فى اخبار خيبر انه (ص) أعطاهم

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۰

كالتوت و الحناء و نحوهما.

[(مسأله ۳): لا يجوز عندهم المساقاه على أصول غير ثابته]

(مسأله ۳): لا يجوز عندهم المساقاه على أصول غير ثابته كالبطيخ و الباذنجان و القطن و قصب السكر و نحوها و ان تعددت اللقطات فيها كالأولين، و لكن لا يبعد الجواز للعمومات (۱) و ان لم يكن من المساقاه المصطلحه، بل لا يبعد الجواز فى مطلق الزرع كذلك، فان مقتضى العمومات الصحه بعد كونه من المعاملات العقلائيه، و لا يكون من الغرريه عندهم غايه الأمر أنها ليست من المساقاه المصطلحه (۲)

[(مسأله ۴): لا بأس بالمعامله على أشجار لا تحتاج إلى السقى]

(مسأله ۴): لا بأس بالمعامله على أشجار لا تحتاج إلى السقى لاستغنائها بماء السماء أو لمص أصولها من رطوبات الأرض و ان احتاجت إلى إعمال أخر، و لا يضر عدم صدق المساقاه حينئذ، فإن هذه اللفظه لم ترد فى خبر من الأخبار (۳) و انما هى اصطلاح العلماء و هذا التعبير منهم

ارض خيبر و فيها النخيل و الأشجار، فلا تشمل غيرها.

(۱) قد عرفت الحال فيه فى المسأله السابقه فلا نعيد.

(۲) ظهر الحال فيه مما تقدم.

(۳) و فيه: انها وردت فى صحيحه يعقوب بن شعيب التى ذكرها الماتن (قده) فى صدر الكتاب فإنه ورد فيها «و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره.» فما أفاده (قده) يعد غريبا منه.

الا ان ذلک لا ینافی القول بالجواز فی المقام، فان المتفاهم العرفی

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۱

مبنی علی الغالب و لذا قلنا بالصحه إذا کانت المعامله بعد ظهور الثمر و استغنائها من السقی، و ان ضویق نقول بصحتها و ان لم تکن من المساقاه المصطلحه (۱).

[(مسأله ۵): یجوز المساقاه علی فسلان مغروسه]

(مسأله ۵): یجوز المساقاه علی فسلان مغروسه و ان

من هذه الکلمه مقدمه لتحصیل المطلوب، فالمعامله فی الحقیقه انما هی لأجل العمران و تهیئه مقدمات حصول الثمر و لیس السقی إلا کمقدمه من تلک المقدمات و الا فلا خصوصیه له بذاته، و لذا لا یحکم بالبطلان فیما إذا کانت محتاجه إلی السقی قبل المعامله ثم ارتفع الاحتیاج بعدها لکثره المطر و نحوها.

و مما یشهد لما ذکرناه الاطمئنان بعدم احتیاج جمیع بساتین النخیل فی خیبر إلی السقی، فإن النخل و بفضل عمق عروقه فی الأرض یکون مستغنیا عن السقی غالبا.

و الحاصل. ان ورود لفظ السقی فی النصوص لا یوجب الحکم بالبطلان فی

المقام، فان الصحيح هو القول بالصحه فإن اللفظ محمول على كونه من مقدمات العماره و حصول الثمر من دون ان تكون له خصوصيه تحتم وجوده.

(۱) و قد تقدم الكلام فيها غير مره، و قد عرفت انه لو لم يكن الدليل الخاص على صحه المعامله فى الموارد الخاصه لما أمكن إثبات صحتها بالعمومات، و لذا لا يقول احد من الأصحاب بصحتها فى غير هذه الموارد تمسكا بالعمومات كما لو كان له قطيعا من الغنم فأعطاه إلى غيره ليرعاه، و يقوم بواجباته من العلف و غيره على أن له النصف من حاصلها من الحليب و الأولاد.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۲

لم تكن مثمره إلا بعد سنتين (۱)، بشرط تعيين مده تصير مثمره فيها (۲) و لو خمس سنين أو أزيد.

[(مسأله ۶): قد مر أنه لا تصح المساقاه على ودى غير مغروس]

(مسأله ۶): قد مر أنه لا تصح المساقاه على ودى غير مغروس، لكن الظاهر جواز إدخاله فى المعامله على الأشجار المغروسه، بأن يشترط (۳) على العامل غرسه فى البستان المشتمل على النخيل و الأشجار و دخوله فى المعامله بعد أن يصير مثمرا، بل مقتضى العمومات (۴) صحه المعامله على الفسلان الغير المغروسه إلى مده تصير مثمره و ان لم تكن من المساقاه المصطلحه.

[(مسأله ۷): المساقاه لازمه لا تبطل الا بالتقايل]

(مسأله ۷): المساقاه لازمه (۵) لا تبطل الا بالتقايل

---

(۱) على ما يقتضيه إطلاق صحيحه يعقوب بن شعيب حيث لم يفرض فيها كون الثمر فى نفس سنه العقد، بل و كذا اخبار خيبر حيث لا- يحتمل عاده ان تكون بساتينه و بأجمعها مثمره فى سنه الإعطاء فإنها لا تخلو من الفسلان و هى لا تثمر الا بعد مرور سنتين.

(۲) على ما تقدم بيانه فى الشرط السابع.

(۳) تقدم غير مره ان دليل نفوذ الشرط لا يدل على لزوم الوفاء به فيما إذا كان سائغا فى نفسه و مع غض النظر عن الاشتراط، و الا فالشروط غير مشرعه.

و عليه: فحيث ان تمليك المعدوم أمر غير مشروع فى نفسه فلا يمكن تصحيحه بالاشتراط.

(۴) تقدم الكلام فيها فراجع.

(۵) و يقتضيه مضافا إلى أدله لزوم الوفاء بالعقد، إطلاقات دليل

أو الفسخ بخيار الشرط أو تخلف بعض الشروط أو بعروض مانع عام موجب للبطلان أو نحو ذلک.

[(مسأله ۸): لا تبطل بموت أحد الطرفين]

(مسأله ۸): لا تبطل بموت أحد الطرفين (۱)، فمع موت المالک ينتقل الأمر إلى وارثه (۲)، و مع موت العامل يقوم مقامه وارثه. لكن لا- يجبر على العمل (۳) فـان اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله، و الا فيستـأجر الحاكم من تركته (۴) من يباشره الى بلوغ الثمر، ثـم يقسـم بينه و بين المالـک (۵). نعم لو كـانت المساقـاه مقيـده بمباشـره العامل تبطل بموته (۶). و لـو اشـترط عليه (۷) المباشره

صحته- على ما تقدم منا بيانه غير مره.

(۱) على ما يقتضيه كون العقد لازما، فان مقتضاه بقاء العقد على حاله و قيام وارث الميت منهما مقامه.

(۲) فان البستان انما ينتقل الى ورثته متعلقا لحق الغير، فيكون حالهم فى ذلک

حال المورث فلهم مطالبه العامل بالعمل و ما تعهد به.

(۳) إذ المنتقل إلى الورثه انما هو ما للميت خاصه دون ما عليه.

(۴) لان العامل انما مات مطلوبا للغير بحقه، فإذا لم يقم الوارث بفكه يبقى الحق متعلقا بتركته لا محاله.

(۵) على ما يقتضيه قانون المساقاه، فإن الحاصل انما يكون مشتركا بين مالك البستان و العامل فإذا مات أحدهما قام وارثه مقامه، و ليس للأجير إلا الأجره المسماه،

(۶) لعدم إمكان الوفاء بها من قبل الوارث.

(۷) بالتصريح أو نصب القرينه و الا فظاهر الاشتراط فى هذه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۴

لا بنحو التقييد فالمالك مخير بين الفسخ- لتخلف الشرط- و إسقاط حق الشرط و الرضا باستئجار من يباشر (۱).

[(مسأله ۹): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاه جمله من الأعمال على العامل و جمله منها على المالك]

(مسأله ۹): ذكروا أن مع إطلاق عقد المساقاه جمله من الأعمال على العامل و جمله منها على المالك، و ضابط الأولى ما يتكرر كل سنه، و ضابط الثانيه ما لا يتكرر نوعا و ان عرض له التكرر فى بعض الأحوال. فمن الأول إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج اليه، و ما يتوقف عليه من الآلات و تنقيه الأنهار و السقى و مقدماته كالدلو و الرشا و إصلاح طريق الماء و استقائه إذا كان السقى من بئر أو نحوه و إزاله الحشيش المضره و تهذيب جرائد النخل و الكرم و التلقيح و اللقاط و التشميس و إصلاح موضعه و حفظ الثمره إلى وقت القسمه. و من الثانى حفر الآبار و الأنهار و بناء الحائط و الدولاب و الداليه و نحو ذلك مما لا يتكرر نوعا.

و اختلفوا فى بعض الأمور أنه على المالك أو العامل مثل البقر الذى يدير الدولاب و الكش للتلقيح و بناء الثلم و وضع الشوك

على الجدران و غير ذلك. و لا دليل على شي ء من الضابطين (٢). فالأقوى أنه ان كان هناك انصراف فى

الموارد كونه على نحو التقييد.

(١) على ما يقتضيه قانون الخيار عند تخلف الشرط.

(٢) لأنهما و ان ذكرا فى كلمات الأصحاب الا انه لم يدل عليهما

كون شي ء على العامل أو المالك فهو المتبع (١)، و الا فلا بد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعا للغرر، و مع الإطلاق و عدم الغرر يكون عليهما معا، لان المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما (٢).

[(مسأله ١٠): لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك]

(مسأله ١٠): لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم فى البطلان، لانه خلاف وضع

و لا خبر ضعيف.

(١) لكونه بمنزله التعيين.

(٢) تبع (قده) فى ذلك صاحب الجواهر (قده)، و المراد به ان العقد لما كان لازما وجب الوفاء به على كل منهما بحيث لا بد لهما من الالتزام به و انهاءه. فإذا كان متوقفا على شي ء نسبته إليهما على حد سواء، وجب عليهما تحصيله تحقيقا للوفاء بالعقد و انهاءه.

و من هنا فلا يرد عليه ما فى بعض الكلمات من ان الإلزام ليس من آثار الشركه و لذا لا يجب على الشركاء فى دار فعل ما يقتضى بقاءها من تعمير و نحوه.

فان هذا ليس من باب الشركه و انما هو من باب لزوم العقد و وجوب الوفاء به.

نعم يرد عليه انه فرع اللزوم و وجوب الوفاء بالعقد و هو أول الكلام فإنه انما هو فيما التزما به خاصه دون غيره، فلا يشمل ما نحن فيه، فان المالك قد فعل ما التزم به بتسليم الأرض و الأشجار للعامل ليعمل فيها، و كذا العامل

فعل ما عليه بالسقى و الرعايه و اما الباقى كتهيئه المقدمات و نحوها فلم تلتزم كل منهما بشى ء منها، و من هنا فلا وجه لالتزامهما بها و إجبارهما عليها.

فالصحيح فى المقام هو الحكم بالبطلان مع عدم التعيين لعدم إمكان إلزام كل منهما بها، كما التزم به الماتن (قده) فى نظير المقام من المزارعه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۶

المساقاه (۱). نعم لو أبقى العامل شيئا من العمل عليه و اشترط كون الباقى على المالك فان كان يوجب زياده الثمره فلا إشكال فى صحته (۲)، و ان قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك و لو بعضا منه، و الا- كما فى الحفظ و نحوه- ففى صحته قولان أقواهما الأول (۳). و كذا الكلام (۴) إذا كان إيقاع عقد المساقاه بعد بلوغ الثمر و عدم بقاء عمل الا مثل الحفظ و نحوه، و ان كان الظاهر فى هذه الصوره عدم الخلاف فى بطلانه، كما مر.

---

(۱) فإنه إذا قام المالك بعمران بستانه كان جعله لبعض الحاصل للعامل من الوعد بالنتيجه خاصه، فيحكم ببطلانه لكونه من تمليك المعدوم، و لا يكون ذلك من تخلف الوعد، لانه ليس من الوعد بالفعل كى يكون عدمه موجبا لتخلف الوعد.

(۲) فإنه لا دليل على اعتبار كون تمام العمل على العامل، و انما العبره بصدق العمران و تربيه الأشجار- إذ قد عرفت انه لا خصوصيه للسقى بما هو- و لو بنحو الموجبه الجزئيه، فإنه إذا صدق ذلك كان العقد مشمولا لصحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه.

(۳) و يؤكد ذلك الحكم بصحه العقد جزما فيما إذا أوقعه المالك بعد قيامه بعمل بعض ماله دخل فى تربيه الأشجار مع بقاء الحاجه إليه بعد ذلك أيضا،

فإنه مشمول لصحيحه يعقوب بن شعيب جزما و بلا خلاف، و إذا صح ذلك فى طول الزمان و بنحو الترتيب صح فى عرض الزمان أيضا.

(۴) بل الثانى، لما عرفته فيما سبق من عدم شمول الدليل الخاص لمثله، و العمومات و الإطلاقات قاصره عن إثبات الصحه فيما يتضمن

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۷

[(مسأله ۱۱): إذا خالف العامل فترک ما اشترط عليه من بعض الأعمال]

(مسأله ۱۱): إذا خالف العامل فترک ما اشترط عليه من بعض الأعمال، فان لم يفت وقته فللمالک إجباره على العمل (۱) و ان لم يمكن فله الفسخ (۲). و إن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط (۳). و هل له أن لا يفسخ و يطالبه بأجره العمل بالنسبه إلى حصته (۴) بمعنى أن يكون مخيرا بين الفسخ و بين المطالبه بالأجره؟ وجهان بل قولان: أقواهما ذلک (۵.

---

(۱) لانه حق له بموجب الشرط و العامل ملزم به.

(۲) بل مع التمكن من الإجبار أيضا، إذ لا موجب لتقييد حق الفسخ بصوره تعذر الإجبار، و ذلک لما تقدم منا غير مره من أن مرجع اشتراط العمل و حقيقته انما هو إلى تعليق الشارط التزامه بالعقد على التزام المشروط عليه بالعمل المشروط و معنى ذلک جعل الخيار لنفسه عند عدم تحقق العمل فى الخارج، و من هنا فله الفسخ سواء تمكن من إجبار العامل على العمل أم لم يتمكن، و لا وجه لتقييده بعدم التمكن منه فإنهما فى عرض واحد.

(۳) لانتفاء موضوع الإجبار، فينحصر حقه فى الفسخ خاصه.

(۴) تخصيصه (قده) لمطالبته بالأجره بما يقابل حصته، ناشئ من اختصاص محل كلامه (قده) بالعمل المتعلق بالمساقاه، و إلا فلو كان العمل أجنبيا عنها كما لو اشترط فيها خياطه ثوبه- مثلا- فله المطالبه بتمام القيمه بناء على

ثبوت أصل الحكم.

(۵) بل أقواهما عدمه، و قد ظهر وجهه مما تقدم فإنه لا بد للملكيه

(و دعوی): ان الشرط لا یفید تملیک العمل المشروط لمن له علی وجه یکون من أمواله، بل أقصاه التزام من علیه الشرط بالعمل و إجباره علیه و التسلط علی الخیار بعدم الوفاء به.

(مدفوعه): بالمنع من عدم افادته التملیک و کونه قیدا فی المعامله لا جزءا من العوض یقابل بالمال، لا ینافی افادته لملکیه من له الشرط إذا کان عملا من الاعمال علی من علیه. و المسأله سیاله فی سائر العقود، فلو شرط فی عقد البیع علی المشتری- مثلا- خیاطه ثوب فی وقت معین و فات الوقت فللبائع الفسخ أو المطالبه بأجره الخیاطه و هکذا.

[(مسأله ۱۲): لو شرط العامل علی المالک أن یعمل غلامه معه صح]

(مسأله ۱۲): لو شرط العامل علی المالک أن یعمل غلامه معه صح (۱)، أما لو شرط أن یکون تمام العمل

من سبب فإنها لا تحصل من دونه إطلاقا، و حیث لا سبب لها فی المقام فلا یمکن الالتزام بها، فان الاشتراط فی الأعمال- کما عرفت- لیس الا تعلیق الالتزام بالالتزام و تخلفه لا یوجب غیر الخیار.

و الحاصل: ان الملکیه لما لم تکن طرفا للعقد و لم تنشأ من قبلهما بل و لم یلتزما به، لأنهما لم یجعلا الا العمل فی البستان فی قبال الحصه من النماء، فلا وجه للالتزام بها.

و المسأله سیاله فی جمیع العقود.

(۱) فإنه فعل سائغ فی نفسه، فلا مانع من أخذه شرطا فی العقد

علی غلام المالک فهو کما لو شرط ان یکون تمام العمل علی المالک، و قد مر عدم الخلاف فی بطلانه، لمنافاته لمقتضی وضع المساقاه (۱) و لو

شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه فى البستان الخاص بالعامل فلا ينبغى الإشكال فى صحته، و ان كان ربما يقال بالبطلان، بدعوى: أن عمل الغلام فى قبال عمل العامل فكأنه صار مساقيا بلا عمل منه و لا يخفى ما فيها (٢) و لو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاه، بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل- ففى صحته وجهان لا يبعد الأول (٣)، لأن الغلام حينئذ كأنه نائب عنه فى العمل باذن المالك،

و قد تقدم الجواز فى اشتراطه على المالك نفسه.

(١) فان العامل حينئذ لم يلتزم بشى ء على الإطلاق، فإن الأشجار من المالك و العمل من الغلام، و من هنا فلا يصدق عليه المساقاه.

(٢) فإن عمل الغلام فى بستانه الخاص أجنبى عن المساقاه بالنسبه إلى هذا البستان المتعلق للعقد بين المالك و العامل، إذ الحصه من الثمره إنما جعلت فى قبال العمل فى هذا البستان دون غيره، فالواجب فى تحقق العقد و الحكم بصحته كون العمل فيه بما يوجب عمارته على العامل و لو على نحو الموجبه الجزئيه، و أما البستان الآخر فهو أجنبى عنه بالمره.

(٣) بل هو بعيد جدا و الصحيح هو القول بالبطلان لعدم الدليل على الصحه بعد عدم التزام العامل بشى ء مطلقا.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣٠

و ان كان لا يخلو عن اشكال مع ذلك: و لازم القول بالصحه الصحه فى صوره اشترط تمام العمل على المالك بعنوان النيابه عن العامل.

[(مسأله ١٣): لا يشترط ان يكون العامل فى المساقاه مباشرا للعمل بنفسه]

(مسأله ١٣): لا يشترط ان يكون العامل فى المساقاه مباشرا للعمل بنفسه (١)، فيجوز له أن يستأجر فى بعض اعمالها أو فى تمامها و يكون عليه الأجره، و يجوز أن يشترط كون أجره بعض

الاعمال على المالك، و القول بالمنع لا وجه له (٢)، و كذا يجوز أن يشترط كون الأجره عليهما معا

و بعباره اخرى: ان العقد لما كان متقوما بصدور الالتزام من الطرفين، فان فرض تحقق التزام العامل بالعمل فلا بد من الحكم بالصحه و ان قام المالك بعد ذلك بالعمل بنفسه أو بغلامه رأفه بحال العامل أو لغير ذلك من الأسباب، أما إذا لم يتحقق الالتزام من العامل من الأول، كما هو الحال فى المقام فإنه و بالاشتراط يسقط حق المالك فى إلزامه به و يجعل ذلك على العامل، فلا محيص عن الحكم بالبطلان، لكونه خارجا عن مدلول دليل الصحه.

(١) إذ لا يجب عليه الا إيجاد العمل فى البستان و تحقيق الرعايه للأشجار بما يؤدى إلى ظهور الثمر أو زيادتها، و أما مباشرته لذلك بنفسه فلا دليل على اعتبارها، ما لم تكن قد أخذت شرطا فى ضمن العقد.

(٢) الظاهر ابتناء القول بالجواز و المنع فى المقام على القول بجواز اشتراط كون بعض الاعمال على المالك و عدمه، فعلى الأول يتعين القول بالجواز فى المقام أيضا و على الثانى فالصحيح هو المنع من جواز

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٣١

فى ذمتهما (١) أو الأداء من الثمر (٢)، و أما لو شرط على المالك أن يكون أجره تمام الاعمال عليه أو فى الثمر ففى صحته وجهان: (أحدهما): الجواز، لأن التصدى لاستعمال الأجره نوع من العمل، و قد تدعو الحاجه الى من يباشر ذلك لمعرفته بالآحاد من الناس و أمانتهم

هذا الاشتراط.

لكنك قد عرفت فيما تقدم أن الصحيح هو الأول و عليه فيتعين القول بجواز هذا الاشتراط فى المقام،

(١) بلا اشكال فيه بناء على عدم لزوم كون جميع الاعمال على

العامل.

(۲) و كأنه لمعلوميه مقدار الأجره فيما إذا كانت معينه، الا أن الصحيح هو القول بالبطلان حتى بناء على القول بجواز كون الأجره مجهوله، و ذلك لان الإجاره- و كما تقدم بيانها فى محله- انما تتضمن التمليك من الطرفين، فالأجير انما يملك عمله للمستأجر فى حين ان المستأجر يملكه الأجره، فهى فى الحقيقه مبادله بينهما و من هنا فلا بد فى المالين من كونهما قابلين للتمليك بالفعل و حيث أن الثمره غير موجوده بالفعل فلا يجوز تمليكها لامتناع تمليك المعدوم ما لم يقم عليه دليل خاص.

و لذا لم يستشكل أحد فى بطلان مثل هذه الإجاره فى غير المساقاه كما لو آجره لخياطه ثوب بإزاء مقدار معين من حاصل أرضه التى لم تزرع بالفعل أو التى زرعت و لم تنتج.

و من هنا يظهر الحال فيما ذكره (قده) فى فرض كون الأجره

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۳۲

و عدمها، و المالك ليس له معرفه بذلك. (الثانى):

المنع لأنه خلاف وضع المساقاه و الأقوى الأول (۱) هذا و لو شرطا كون الأجره حصه مشاعه من الثمر بطل للجهل بمقدار مال الإجاره (۲)، فهى باطله.

[(مسأله ۱۴): إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل]

(مسأله ۱۴): إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل

حصه مشاعه من الثمره، فإنه لا حاجه لتوجيه البطلان فيه بجهاله مقدار مال الإجاره، فإن هذا العقد محكوم بالبطلان و ان قلنا بصحه الإجاره مع جهاله الأجره و ذلك لتضمن الإجاره التمليك الفعلى و هو لا يتعلق بالأمر المعدوم.

و الحاصل: ان الصحيح هو القول بالبطلان فى كلا الفرضين- كون الأجره مقدارا معينا من الثمر و كونها حصه مشاعه منه- سواء صحت الإجاره مع جهاله الأجره أم بطلت.

نعم لو رجع الاشتراط هذا إلى أداء الأجره الثابته فى الذمه

من الثمر، حكم بصحته من جهه ان الأجره أمر ثابت فى الذمه بالفعل فلا يكون العقد متضمنا لتمليك المعدوم.

(۱) بل الثانى، إذ ليس قيام العامل بمطلق العمل موجبا للحكم بصحه المساقاه و انما العبره فيها- على ما عرفت- بالعمل الذى له دخل فى تربيه البستان بمعنى ظهور ثمره أو زيادته.

و الحاصل: ان الأدله الخاصه قاصره الشمول للمقام، و العمومات و الإطلاقات لا تشمل ما يتضمن تمليك المعدوم.

(۲) بل لما عرفته من اشتمالها على تمليك المعدوم.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۳۳

العقد (۱) و كان جميعه للمالك (۲)، و حينئذ فإن شرطا انفراد العامل به استحق اجره المثل لعمله (۳) و ان شرطا انفراد المالك به لم يستحق العامل شيئا لأنه حينئذ متبرع بعمله (۴).

[(مسأله ۱۵): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه]

(مسأله ۱۵): إذا اشتمل البستان على أنواع كالنخل و الكرم و الرمان و نحوها من أنواع الفواكه فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كل واحد (۵)، فيجوز المساقاه عليها

---

(۱) لعدم الدليل على صحته بعد عدم شمول الأدله الخاصه و العامه له.

(۲) لتبعيه الثمر للأشجار فى الملك.

(۳) لانه لم يقدم على العمل مجانا و انما أقدم عليه لقاء أخذه للحاصل و حيث انه لم يسلم له لبطلان العقد و استيفاء المالك لمنافعه و عمله الصادر عنه بأمره يضمن له المالك أجره المثل لا محاله.

و الحاصل: أن أمر الغير بالعمل لا على نحو المجانيه موجب للضمان.

(۴) و توهم: انه انما عمل تخيلا منه لزوم ذلك عليه من باب وجوب الوفاء بالعقد فهو غير قاصد للتبرع بعمله.

مدفوع: بان الموجب للضمان ينحصر فى العقد الصحيح و وقوع العمل عن أمر الغير لا بقصد التبرع، و حيث ان كليهما مفقود فى المقام اما الأول فهو المفروض، و

اما الثانى فلكون امره بالعمل على نحو المجانيه، فلا موجب للقول بالضمان.

(۵) بلا اشكال فيه، و تقتضيه صحيحه يعقوب بن شعيب المتقدمه فإن مقتضى إطلاق قوله: «و فيها رمان أو نخل أو فاكهه» عدم الفرق بين كون أشجار ذلك البستان من سنخ واحد و كونه مشتملا

بالنصف أو الثلث أو نحوهما و ان لم يعلم عدد كل نوع، إلا إذا كان الجهل بها موجبا للغرر (۱).

على أصناف متعدده.

(۱) و فيه مضافا إلى ما تقدم من عدم الدليل على اعتبار نفى الغرر فى المعاملات مطلقا، فان الدليل عليه انما يختص بالبيع و لا مجال للتعدى عنه إلى غيره، أن عقد المساقاه مبنى على الغرر من هذه الجهه- اعنى مقدار الثمر- إذ لا علم لكل من الطرفين بمقدار الثمر فى تلك السنه، و هل انه سيكون كثيرا أو قليلا؟ فهذا الجهل معفو عنه جزما.

و هكذا الحال بالنسبه إلى عدد الأشجار، إذ لا يعتبر فى عقد المساقاه حتى مع اتحاد سنخ الأشجار فضلا عن اختلافه العلم بعددها فان العقد مبنى على الجهاله من هذه الناحيه.

على انه لا مجال لتصور الغرر من هذه الجهه، فإن عمل العامل لما كان يقابله الحصه من الثمر، لم يمكن تصور فوات شى ء منه إطلاقا فإنه مضمون على كل تقدير لانه تابع له فى القله و الكثره، فإن كثرت الأشجار و كثر عمل العامل كثر ما يكون له من الحاصل، و ان قلت الأشجار و قل عمله قل حاصله أيضا.

و من هنا: فلا وجه لاعتبار عدم الغرر هنا، فإنه لا يتصور فيه أصلا و على تقديره فهو معفو عنه لابتناء العقد عليه.

بل عقد المساقاه على هذا البستان انما

هو فی الحقیقه کالعقد علی مجموع بساتین یختص کل منها بسنخ معین، الذی لم یشکک أحد فی صحته.

فان ما نحن فیه من قبیله غایه الأمر أنه یختلف عنه کون البساتین

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۳۵

[(مسأله ۱۶): یجوز أن یفرد کل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الآخر]

(مسأله ۱۶): یجوز أن یفرد کل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الآخر، کأن یجعل النخل بالنصف و الکرم بالثلث و الرمان بالربع مثلا و هکذا (۱) و اشترط بعضهم فی هذه الصوره العلم بمقدار کل نوع، و لکن الفرق بین هذه الصوره و صوره اتحاد الحصه فی الجمیع غیر واضح (۲)

فی الثانی معزوله مفروزه فی حین أن الأشجار فیما نحن فیه مختلطه و غیر مفروزه، الا انه لا یؤثر شیئا بعد ان کان مثل هذا العقد منحلا فی الحقیقه إلی عقود متعدده و مستقله.

(۱) لما تقدم من انحلال هذا العقد المرکب إلی عقود متعدده فی الحقیقه و حینئذ فلا یبقی محذور فی الحکم بالصحه.

(۲) یمکن التفریق بین الصورتین بکون حصه العامل فی فرض اتحادهما فی الجمیع معلومه فإنه و علی کل تقدیر یأخذ النسبه المجعوله له من الحاصل من غیر زیاده أو نقصان، و هذا بخلاف ما نحن فیه، فان حصته و بالقیاس إلی المجموع تبقی مجهوله لاحتمال زیاده الصنف و قلته، فإنه إذا جعل له النصف من الرمان و الثلث من التمر- مثلا- فکان الحاصل من الرمان مائه رطل و من التمر تسعون، کان له خمسون رطلا من الرمان و ثلاثون من التمر و هذا یعنی انه قد أخذ بالنتیجه ما یعادل ثمانی حصص إلی تسع عشره حصه من مجموع حاصل البستان، و أما لو انعکس الأمر فکان حاصل الرمان تسعین و حاصل التمر مائه رطل،

فله من الرمـان خمسه و أربعون رطلاـ و من التمر ثلاـثه و ثلاـثون و ثلث، و هـذا يعنى أن حصـته فى النتيجه لم تكن إلا سـبعه و ثمانيه أعشار و ثلث العشر من أصل تسع عشره حصه،

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۳۶

و الأقوى الصحه (۱) مع عدم الغرر (۲) فى الموضعين، و البطلان معه فيهما.

[(مسأله ۱۷): لو ساقاه بالنصف- مثلا- ان سقى بالناضح و بالثلث ان سقى بالسيح]

(مسأله ۱۷): لو ساقاه بالنصف- مثلا- ان سقى بالناضح و بالثلث ان سقى بالسيح ففى صحته قولان،

و هكذا فان المشروط فيه أقل الجزئين قد يكون أكثر الجنسين فينقص الحصه و قد يكون أقلهما فتزيد، و بذلك فيحصل الغرر و الجهاله فيحكم ببطلان العقد.

الا أنك خبير بان هـذا المقـدار من الفرق لا يكفى فى الحكم بالبطلان فى المقام، بعـد ما عرفته من ان هذه المساقاه و ان كانت واحـده بحسب الإنشـاء الا أنها منحله فى الحقيقه إلى عقود متعـدده و مساقاه على كل صـنف مسـتقلا، نظير ما ذكرناه فى كتاب البيع من ضم مبيع إلى غيره، فإنه لا عبره بتعدد المبيع و انما العبره بواقع الاعتبار و التمليك و لذا يلتزم فيما لو باع ماله و مال غيره بصـحه البيع بالنسبه إلى ماله و توقفه على الإجازه بالنسبه إلى مال الغير، فى حين انه لو كانت العبره بالإنشاء لوجب القول ببطلان العقد بالنسبه إلى المالين معا على تقدير عدم اجازه الآخر.

فما نحن فيه من هذا القبيل فان هذا العقد الواحد عباره فى الحقيقه عن عقود متعدده جمعها إنشاء واحد فقط، و حيث ان الحصه فى كل عقد من تلك العقود معلومه فلا وجه للحكم بالبطلان، و احتمال زياده المجموع و نقصانه لا يضر بعد ذلك.

(۱) لما تقدم.)

(۲) بل و معه

أیضا، لما تقدم فی المسأله السابقه حرفا بحرف.

أقواهما الصحه (۱)، لعدم إضرار مثل هذه الجهاله، لعدم إیجابها الغرر مع أن بناءها علی تحمله. خصوصا علی القول بصحه مثله فی الإجاره (۲)، کما إذا قال: إن خطت رومیا فبدرهمین و إن خطت فارسیا فبدرهم.

[(مسأله ۱۸): یجوز أن یشترط أحدهما علی الآخر شیئا من ذهب أو فضه أو غیرهما]

(مسأله ۱۸): یجوز أن یشترط أحدهما علی الآخر شیئا من ذهب أو فضه أو غیرهما (۳) مضافا الی الحصه من الفائده، و المشهور کراهه اشتراط المالک علی العامل شیئا من ذهب أو فضه، و مستندهم فی الکراهه غیر واضح کما أنه لم یتضح اختصاص الکراهه بهذه الصوره أو جریانها بالعکس أیضا، و کذا اختصاصها بالذهب و الفضه أو جریانها فی مطلق الضمیمه، و الأمر سهل.

[(مسأله ۱۹): فی صوره اشتراط شی ء من الذهب]

(مسأله ۱۹): فی صوره اشتراط شی ء من الذهب

---

(۱) بل العدم، فإن المساقاه و إن لم تکن تتضمن التملیک و التملک إلا أنها تتضمن الالتزام و الإلزام، و الأمر المردد لا یصلح ان یکون متعلقا للالتزام الفعلی الذی یترتب علیه الأمر بالوفاء به.

و الحاصل: ان الأمر المردد لا یمکن فیه الإلزام و الالتزام و الحکم بوجوب الوفاء به.)

(۲) و قد تقدم هناک ان الصحیح هو البطلان، لأن الإجاره تملیک فلا بد و ان یکون متعلقه معلوما و المردد غیر معلوم.)

(۳) لکونه سائغا فی نفسه، فیلزم باشتراطه فی ضمن عقد لازم بمقتضی أدله لزومه.

و الفضه أو غیرهما علی أحدهما إذا تلف بعض الثمره هل ینقص منهما شی ء أو لا؟ وجهان: أقواهما العدم (۱) فلیس قرارهما مشروطا بالسلامه، نعم لو تلفت الثمره بجمیعها أو لم تخرج أصلا ففی سقوط الضمیمه و عدمه أقوال، ثالثها الفرق بین ما إذا کانت للمالک علی العامل فتسقط و بین العکس

---

(۱) و الحق فی هذه المسأله هو الالتزام بتفصیل لا یرجع الی شی ء مما أفاده (قده).

و حاصله: انه قد يفرض الكلام فى فرض عدم خروج الثمره و قد يفرض فى صوره تلفها بعد الحصول و التحقق.

و على كلا التقديرين فقد يفرض الكلام

فى جميع الثمره بأن لم يحصل شى ء أصلا أو يحصل و يتلف جميعه، و قد يفرض فى بعضه.

أما فى فرض عدم خروج الثمره بالمره فالمتعين هو الحكم ببطلان المساقاه، لأنها معاوضه بين الطرفين- على ما يستفاد من النصوص و يأتى بيانه- فإذا لم تخرج الثمره بالمره كشف ذلك عن بطلانها من الأول، و بذلك فيكون الشرط فى ضمنه شرطا فى ضمن عقد فاسد فلا يؤثر شيئا.

و مما يؤكد ذلك انه لو انكشف الحال قبل العمل أو فى الأثناء لم يجب على العامل الاستمرار فى السقى و الإتمام- على ما سيأتى منه (قده) أيضا فى المسأله الحاديه و العشرين- فإنه لا وجه ذلك غير انكشاف بطلان المعامله.

إلا- إن هذا لا ينافى القول بعدم استحقاق العامل لأجره المثل عندئذ، إذ لا ملازمه بين بطلان العقد و استحقاق العامل لأجره المثل

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۳۹

....

لأنه إنما أقدم على العمل على أساس ان لا يضمن المالك له شيئا سوى الحصه من الثمره على تقدير ظهورها. و من هنا صح ان يقال انه متبرع من جميع الجهات غير الحصه على تقدير ظهور الثمره و أما فى فرض عدم خروج بعض الثمره و نقصانها عن المتعارف- و هى الصوره التى لم يتعرض لها الماتن (قده).

فقد يفرض كون النقصان قليلا جدا الى حد لا يعتنى به عند العقلاء كما لو فرض عدم إثمار شجره واحده فقط من مجموع البستان الذى يحتوى على مائه شجره فما فوق، فإنه مما لا يبعد ان يقال انه متعارف فى كل بستان، و حينئذ فحيث انه مما يتسامح فيه فهو فى حكم العدم، و عليه فيحكم بصحه المساقاه و وجوب الوفاء بالشرط كاملا.

و قد

يفرض كونه معتدا به كربع الأشجار أو ثلثها، و حينئذ فيتعين الحكم ببطلان المساقاه بالقياس إلى التى لم تثمر لأنها منحله إلى عقود متعدده بعدد الأشجار الموجوده فى البستان، فإن ثمره كل شجره منها انما هى للمالك و العامل معا بإزاء ما قدمه العامل من خدمات لها.

هذا بالنسبه إلى أصل العقد و أما الشرط فهل يحكم بوجوب الوفاء به بتمامه أو يقال بسقوط ما يقابل الجزء الذى حكم بفساده من العقد فيكون مشمولا للتبعيض أيضا أو يقال بسقوطه بقول مطلق؟ أوجه أقواها الأخير، لأن الشرط انما لوحظ بإزاء مجموع ما وقع عليه العقد لا بلحاظ كل جزء جزء منه، فهو ليس الا التزاما واحدا بإزاء هذه المعامله على تقدير صحتها، فإذا لم تصح و لو فى بعضها حكم ببطلانه لعدم تحقق موضوع الالتزام و ما كان معلقا عليه.

و مما يؤكد ذلك عدم قابليه بعض الشروط للتبعيض و الانحلال

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۴۰

فلا تسقط (۱)، رابعها الفرق بين صوره عدم الخروج

كشرط الصوم يوما أو الصلاه ركعتين عن أبيه و ما شاكلهما من الأمور البسيطه أو المركبه الارتباطيه، فإنه أ فهل يمكن أن يقال بتبعض الشرط فيه أيضا؟، فإن ملاحظه مساواه هذا النحو من الشرط مع ما يكون متعلقه قابلا للتفكيك بلحاظ كونهما على حد سواء مما يؤكد ما التزمنا به من سقوط الشرط بقول مطلق.

و الحاصل: ان حال الشرط فى المقام هو الحال عند عدم خروج الثمر بالمره، فإنه يحكم بسقوطه، لكون التزامه مقيدا بصحه العقد، فإذا لم يصح و لو بعضا لم يثبت شى ء من الالتزام.

هذا كله بالنسبه إلى صوره عدم خروج الثمر بكلا فرضيه.

و أما صوره تلف الثمره بعد حصولها و

تحققها فى الخارج، فلا وجه للحكم ببطلان العقد فى كلا فرضى هذه الصوره، فإن الملك قد حصل، و التلف انما عرض على ملكهما معا، و معه فلا وجه لسقوط شى ء من الشروط.

نعم لو كان الشرط مقيدا بسلامه تمام الثمر و عدم تلفه و لو بعضا لم يجب الوفاء بالشرط عند تلف بعضه لعدم تحقق المعلق عليه.

و الحاصل: ان نفوذ الشرط فى المقام تابع لكيفيه الجعل من حيث الإطلاق و التقييد، فان كان الاشتراط معلقا على سلامه الجميع سقط بتلف البعض و إلا وجب الوفاء به بأجمعه لعدم الموجب لسقوطه.

(۱) أما الأول فلأن المفروض ذهاب عمل العامل سدى حيث لم يحصل بإزاءه على شى ء، فإذا غرم مضافا إلى ذلك شيئا كان ذلك من الأكل بالباطل، و أما الثانى فلأن الشرط عليه قد وجب بالعقد

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۴۱

أصلا فتسقط و صوره التلف فلا (۱). و الأقوى عدم السقوط مطلقا (۲) لكونه شرطا فى عقد لازم فيجب الوفاء به. (و دعوى): أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحه المعامله من الأول لعدم ما يكون مقابلا للعمل، أما فى صوره كون الضميمه للمالك فواضح، أما مع كونها للعامل، فلأن الفائده ركن فى المساقاه، فمع عدمها لا يكون شى ء فى مقابل العمل، و الضميمه المشروطه لا تكفى فى العوضيه فتكون المعامله باطله من الأول، و معه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط. (مدفوعه) مضافا إلى عدم تماميته بالنسبه إلى صوره التلف (۳) لحصول العوض بظهور

فلا وجه لسقوطه، و فيه: ما عرفته من تبعيه بقاء الشرط لكيفيه جعله من دون فرق بين كونه على المالك أو العامل.

(۱) لانكشاف بطلان العقد على الأول فلا يجب الوفاء به

بخلاف الثانى حيث عرض التلف على الثمره بعد حصول الملک و تحقق موضوع الشرط.

و فيه: ما عرفته من التفصيل فى الصورتين معا.)

(۲) بل الأقوى ما عرفته من الوجه الخامس- على ما تقدم بيانه.

(۳) و هو غير وارد على ما اخترناه نظرا لالتزامنا بعدم البطلان مع التلف المتأخر.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۴۲

الثمر و ملكيتها و ان تلف بعد ذلک، بأنا نمنع (۱) كون المساقاه معاوضه بين حصه من الفائده و العمل بل حقيقتها تسليط من المالک للعامل على الأصول للاستنماء له و للمالک و يكفيه احتمال الثمر و كونها فى معرض ذلک. و لذا لا يستحق العامل اجره عمله (۲) إذا لم يخرج أو خرج و تلف

---

(۱) و هو فى غير محله جدا، فإنه مناف لما أفاده (قده) فى تعريف المساقاه حيث فسرها بأنها «معامله على أصول ثابته بحصه من ثمرها» فإنها ظاهره فى كون الحصه عوضا عن العمل فى الأصل.

بل و يتنافى مع ما هو المرتكز فى الأذهان من كون العمل فى مقابل الحصه و هى فى مقابل العمل بحيث يكون عوضا و معوضا و ان لم يكن هناک تمليک و تملک و مبادله مال بمال فعلا، الا إن ذلک لا يضر شيئا و لذا لو سئل العامل انه هل يعمل مجانا لأجاب بالنفى صريحا.

و مما يدلنا على ذلک الأخبار الوارده فى المقام فان ظاهر قوله فى صحيحه يعقوب بن شعيب: «اسق هذا من الماء و اعمره و لک نصف ما أخرج» و قوله فى صحيحه الحلبى الوارده فى إعطاء النبى (ص) لخيبر: «أعطى خيبرا بالنصف» هو المعاوضه، فانكارها بعد ذلک يكون من إنكار الأمر الواضح.

و مما يدلنا على ذلک، حكمهم بعدم لزوم

الإتمام على العامل فيما إذا ظهر ذلك قبل العمل أو فى الأثناء.

(۲) ظهر الحال فيه مما تقدم، و ان عدم استحقاق العامل حينئذ شيئا انما هو لإقدامه على التبرع من غير جهه الحاصل بحيث أقدم على

بآفه سماويه أو أرضيه فى غير صوره ضم الضميمه بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول و احترام عمل المسلم، فهى نظير المضاربه حيث انها أيضا تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له و للعامل، و كونها جائزه دون المساقاه لا يكفى فى الفرق. كما ان ما ذكره فى الجواهر من الفرق بينهما بأن فى المساقاه يقصد المعاوضه بخلاف المضاربه التى يراد منها الحصه من الربح الذى قد يحصل و قد لا يحصل، و أما المساقاه فيعتبر فيها الطمأنينه بحصول الثمره و لا يكفى الاحتمال، مجرد دعوى لا بينه لها.

و (دعوى): أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأمر عدم خروج الثمر لا- يصح المساقاه، و لازمه البطلان إذا لم يعلم ذلك ثم انكشف بعد ذلك (۱)، (مدفوعه):

بان الوجه فى عدم الصحه كون المعامله سفهيه (۲) مع العلم

الفعل على ان لا يضمن المالك له شيئا سوى الحصه من الحاصل على تقديره.

(۱) لان الحكم بالصحه حينئذ انما كان حكما ظاهريا فقط فيرتفع بانكشاف الواقع.

(۲) ليس الوجه فى البطلان ما ذكره (قده) إذ لا دليل على بطلان المعامله السفهيه، فإن الدليل على البطلان انما يختص بمعامله السفيه، فلا مجال لتعميمه للمعامله السفهيه الصادره من العاقل.

بعدم الخروج من الأول بخلاف المفروض، فالأقوى ما ذكرنا من الصحه (۱) و لزوم الوفاء بالشرط- و هو تسليم الضميمه- و ان لم يخرج شى ء

أو تلف بالآفه. نعم لو تبين عدم قابليه الأصول للثمر- أما ليبسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك- كشف عن بطلان المعامله من الأول (۲) و معه يمكن استحقاق العامل للأجره إذا كان جاهلا بالحال (۳).

[(مسأله ۲۰): لو جعل المالك للعامل مع الحصه من الفائده ملک حصه من الأصول مشاعا أو مفروزا]

(مسأله ۲۰): لو جعل المالك للعامل مع الحصه من الفائده ملك حصه من الأصول مشاعا أو مفروزا ففى صحته مطلقا، أو عدمها كذلك، أو التفصيل بين أن يكون

بل الوجه فى البطلان مضافا الى ما تقدم من كون المساقاه من العقود المعاوضيه. عدم تحقق القصد الجدى إلى المعامله بعد العلم بعدم تحقق ما جعل للعامل بإزاء عمله.

(۱) بل الأقوى ما ذكرناه من التفصيل- على ما عرفت بيانه.

(۲) فإنه يعتبر فى المساقاه قابليه الشجر للثمر، إذ بدونها يكون العقد لغوا محضا.

(۳) ظهر الحال فيه مما تقدم، فإنه لا موجب للضمان بعد أن كان العقد مبنيا على عدم ضمان المالك لشى ء بإزاء عمله غير الحصه من الثمر على تقدير حصوله.

نعم لو كان المالك عالما بالحال و قلنا بقاعده الغرور صح الرجوع عليه، الا انک قد عرفت غير مره عدم تماميه هذه القاعده.

إذن: فلا موجب للقول بضمان المالك للعامل أجره المثل فى الفرض.

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۴۵

ذلك بنحو الشرط فيصح أو على وجه الجزئيه فلا، أقوال و الأقوى الأول (۱).

---

(۱) بل الأخير، فإنه لو كان الجعل على نحو الشرطيه صح بلا اشكال فيه لرجوعه فى الحقيقه إلى وقوع عقد المساقاه على غير تلكم الشجرات المستثناه، و معه فلا وجه للقول بعدم الجواز، بل يصح العقد و يلزم الجعل بمقتضى قولهم (ع): «المؤمنون عند شروطهم» كما هو الحال فى سائر أمواله، بل هو نظير مساقاته على بستان بشرط ان يكون بستانه الآخر

بتمامه للعامل، فإنه صحيح جزما لان اشتراط الملكيه فى ضمن العقد لا يقتضى الفساد.

و هـذا بخلاف ما لو كان الجعل على نحو الجزئيه، فإنه لا محيص عن القول بالفساد لمنافاته لوضع المساقاه، فإن العقـد قائم على اشتراكهما فى الثمر بعد اختصاص الأصول بأحدهما و كون العمل- و لو على نحو الموجبه الجزئيه- من الآخر، فلا يصح فيما إذا كانت الأصول و العمل بتمامه من أحـدهما، كما هو الحال فيما نحن فيه، فان العامل لما كان مالكا للمقـدار المجعول له بالشـرط كان عمله فيه من عمل المالك فى ملكه و هو موجب للبطلان.

و لـذا لاـ نعهـد من يحكم بصـحه العقـد فيما لو اشترط المالك على العامل اشتراكه فى بسـتانه المختص به و ليس ذلك إلا لأن عمله فى ذلك البستان انما هو لنفسه فلا يصح بعد فرض كون الأصل له أيضا.

و بعباره اخرى: انه لا بد فى المساقاه من كون الأصول من أحدهما و العمل و لو بعضا من الآخر، فلو كانا معا من واحد لم يصـح العقد

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۴۶

للعمومات (۱)، و دعوى: أن ذلـك على خلاـف وضع المساقاه، كما ترى (۲)، كـدعوى: أن مقتضاها أن يكون العمل فى ملك المالك (۳)، إذ هو أول الدعوى. و القول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل فى ملك نفسه. ففيه:

أنه لا مانع منه إذا كان للشارط فيه غرض أو فائده، كما فى المقام حيث ان تلك الأصول و ان لم يكن للمالك الشارط

و لا يحصل الاشتراك فى الحاصل، و لذا لم يصح اشتراط تمام العمل على المالك.

و الحاصل: انه مع تعدد مالك الأشجار، لا يصح اشتراط كون ثمر الجميع مشتركا بينهم، فان

العمومات غير شامله لمثل هذا العقد- على ما عرفته غير مره- و الأدله الخاصه وارده فى غير هذا المورد.

فالصحيح فى المقام هو التفصيل بين ما إذا كان الجعل على نحو الشرطيه المحضه بأن تجعل ملكيه تلكم الأشجار المعينه للعامل من دون أن تكون داخله فى عقد المساقاه بحيث يكون العقد واقعا على غيرها فيحكم بالصحه، و بين ما لو كان على نحو الجزئيه، بأن تكون هذه الأشجار المجعول ملكيتها للعامل داخله فى العقد أيضا بأن تكون الأصول للعامل و الثمار مشتركا بينهما فيحكم ببطلانه.

(۱) و قد عرفت ما فيها.)

(۲) عرفت ان هذه الدعوى فى محلها و لا شى ء فيها.)

(۳) على ما تقدم بيانها، حيث قد عرفت انه لا يصح كون الأصول و العمل معا من أحدهما.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۴۷

الا أن عمل العامل فيها ينفعه فى حصول حصته من نمائها.

و دعوى: أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعيه نمائها لها. مدفوعه: بمنعها بعد أن كان المشروط له الأصل فقط فى عرض تملك حصه من نماء الجميع. نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماءها له بتمامه كان كذلك، لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزله المستثنى من العمل، فيكون العمل فيما عداها مما هو للمالك بإزاء الحصه من نماءه مع نفس تلك الأصول.

[(مسأله ۲۱): إذا تبين فى أثناء المده عدم خروج الثمر أصلا]

(مسأله ۲۱): إذا تبين فى أثناء المده عدم خروج الثمر أصلا هل يجب على العامل إتمام السقى؟ قولان، أقواهما العدم (۱).

[(مسأله ۲۲): يجوز ان يستأجر المالك أجيرا للعامل مع تعينه نوعا و مقدارا بحصه من الثمره]

(مسأله ۲۲): يجوز ان يستأجر المالك أجيرا للعامل مع تعينه نوعا و مقدارا بحصه من الثمره أو بتمامها بعد

---

(۱) على ما تقدم بيانه فى المسأله التاسعه عشره، فإن عقد المساقاه مبنى على المعاوضه بين عمل العامل و الحصه مما يخرج من الثمر، فإذا علم بعدمه انكشف عدم العوض و معه فيحكم بالبطلان.

إلا أن ما أفاده الماتن (قده) هنا لا ينسجم مع ما ذكره هناك من وجوب الوفاء به لعدم بناء العقد على خروج الثمر.

فهو (قده) بعد بنائه على وجوب الوفاء هناك مطالب بالدليل على عدم وجوب الإتمام هنا.

الظهور و بدو الصلاح (۱)، بل و كذا قبل البدو (۲)، بل قبل الظهور أيضا إذا كان مع الضميمه الموجوده أو عامين (۳) و أما قبل الظهور عاما فالظاهر عدم جوازه، لا لعدم معقوليه تمليك ما ليس بموجود (۴). لأنا نمنع عدم

---

(۱) فإنه حينئذ مال موجود بالفعل فيصح جعله عوضا لعمل محترم.

(۲) لما تقدم، سواء اشترط عليه البقاء حتى يدرك أم لا، فإنه و بوضعه الحالى أمر موجود بالفعل فتصح المعاوضه عليه.

(۳) تقدم التعرض لهذه المسأله فى كتاب الإجاره، و قد عرفت ان الصحيح هو القول بالمنع، لعدم الدليل على صحه هذه المعامله فى مقام الإثبات، فإن الإجاره تبديل للمنفعه أو العمل من جهه و الأجره من جهه أخرى، فلا تصح مع كون الأجره معدومه و المستأجر غير مالك لها بالفعل.

و الحاصل: ان الإجاره انما تتضمن التمليك، و هو لا يتعلق إلا بالموجود فى الخارج أو فى الذمه- لأنه بحكم الموجود

الخارجی- و أما ما لا وجود له بالفعل فلا یصح تعلق الملکیه به.

و لذا لا یذهب أحد إلی صحه إجاره شخص علی عمل بإزاء ما سیرثه من أبیه عند موته.

و مما ذکرناه یظهر انه لا مجال لإثبات حکم البیع لما نحن فیه و القول بالصحه مع الضمیمه، فإنه قیاس محض و لا مجال لقبوله.

(۴) فإنه أمر معقول فی نفسه، فان التملیک أمر اعتباری و هو سهل المؤنه فیصح تعلقه بالمعدوم کما یصح ان یکون المالک غیر شاعر

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۴۹

المعقولیه بعد اعتبار العقلاء وجوده المستقبلی، و لذا یصح مع الضمیمه أو عامین، حیث انهم اتفقوا علیه فی بیع الثمار، و صرح به جماعه ههنا. بل لظهور اتفاقهم علی عدم الجواز، کما هو کذلک فی بیع الثمار. و وجه المنع هناک خصوص الأخبار الداله علیه، و ظاهرها أن وجه المنع الغرر، لا عدم معقولیه تعلق الملکیه بالمعدوم، و لو لا ظهور الإجماع فی المقام لقلنا بالجواز (۱) مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلک، کما یجوز بیع ما فی الذمه مع عدم کون العین موجودا فعلا- عند ذیها، بل و ان لم یکن فی الخارج أصلا، و الحاصل: أن الوجود الاعتباری یکفی فی صحه تعلق الملکیه، فکأن العین موجوده فی عهده الشجر کما أنها موجوده فی عهده الشخص.

أو کلی کملکیه المسجد لاثاثه و الساده للخمس و الفقراء للزکاه- علی القول بملکیتهم لها.

بل الوقوع خیر دلیل علی الإمکان، حیث یصح بیع الثمار مع الضمیمه، الا ان الاشکال- و کما عرفت- لیس من هذه الجهه و انما هو من حیث مقام الإثبات، إذ لا دلیل علی صحه هذه المعامله.

(۱) قد عرفت ان وجه المنع انما هو

عدم الدليل على صحه هذه المعامله و من هنا فلا وجه للالتزام بصحتها حتى مع عدم تماميه الإجماع و انتفاء الغرر.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۵۰

[(مسأله ۲۳): كل موضع بطل فيه عقد المساقاه يكون الثمر للمالک]

(مسأله ۲۳): كل موضع بطل فيه عقد المساقاه يكون الثمر للمالک (۱) و للعامل اجره المثل لعمله (۲)، إلا إذا كان عالما بالبطلان و مع ذلک أقدم على العمل (۳) أو كان الفساد لأجل اشتراط كون جميع الفائده للمالک (۴)،

---

(۱) لتبعيته للشجر فى الملک.

(۲) لأنه عمل محترم صدر عن أمر الغير به مجانا، حيث انه انما أتى به بإزاء الحصه من الثمر، فإذا لم يسلم له ذلک العوض لاستيفاء المالک للثمر بأكمله نظرا لفساد العقد، فلا بد للمالک من تدارک عوضه بدفع اجره مثل عمله له كى لا يذهب سدى.

نعم لا بد من تقييد إطلاق الحكم بما إذا لم تكن الأجره أكثر من الحصه المجعوله له، و إلا فليس له الا الأقل لإقدامه على إلغاء احترام ماله بالنسبه إلى الزائد عن ذلک المقدار.

(۳) قد عرفت غير مره ان العلم بالبطلان لا يعنى بالضروره الإقدام على المجانيه فالفساد انما هو بلحاظ الحكم الشرعى لا بلحاظ بناء المتعاقدين، فان عدم إمضاء الشارع له شى ء و إقدام العامل على العمل مجانا شى ء آخر.

إذن فالصحيح هو القول بالضمان سواء علم العامل بالبطلان أم جهل به، فان المالک قد استوفى عملا محترما صادرا عن أمره لا بقصد التبرع، فيكون ضامنا له لا محاله بعد ان لم يسلم له- العامل- المسمى فى العقد.

(۴) فإنه و بذلک يدخل فى كبرى: «ما لا يضمن بصحيحه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۵۱

حيث أنه بمنزله المتبرع فى هاتين الصورتين، فلا يستحق أجره المثل على الأقوى و ان

كان عمله بعنوان المساقاه.

لا يضمن بفاسده، و ليس الوجه فيه الا ان عمل العامل فى هذه الصوره لم يكن مضمونا على المالك باعتبار ان الأمر به انما كان على نحو التبرع و المجانيه.

هـذا و قـد ناقش فيه صاحب الجواهر (قـده) بدعوى ان العامل إنما قام بالفعل اعتقادا منه للزوم العقد عليه و وجوب الوفاء به معه فلا يكون رضاه بالعمل رضى منه به مجانا.

و فيه: ان مجرد اعتقـاده بـذلك لاـ يوجب ثبوت العوض على المالـك، فـان الملاك انما هو بصـدور الفعل عن امره لا مجانا، و حيث انه غير متحقق فى المقـام فلا موجب لثبوت الضـمان عليه، و لـذا لم يلتزم أحـد بالضـمان فيما لو تخيل العامل الإجاره فقام بالفعل بذلك الاعتقاد.

و الحاصل: انه لا وجه لإثبات الضمان فى المقام بعد أن كان العقد على تقدير صحته يقتضى عدمه.

و كـذا الحال فيما لو كان الفساد من جهه عـدم خروج الثمر- على ما اخترناه، و ان ذهب الماتن (قده) الى صـحته- فإنه مشـمول لقاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

و الوجه فيه ما ذكرناه من ان الضـمان انما يكون لأمرين العقد الصـحيح، و الأمر بالعمل لا على نحو المجانيه و التبرع، و لا شى ء منهمـا متحقق فى المقـام فـان المفروض فساد العقـد، و المالك لم يضـمن للعامل وراء الحصه مما أخرجه اللّه من الأرض شـيئا، بحيث كان

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۵۲

[(مسأله ۲۴): يجوز اشتراط مساقاه فى عقد مساقاه]

(مسأله ۲۴): يجوز اشتراط مساقاه فى عقد مساقاه كأن يقول: ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث. و القول بعدم الصحه لأنه كالبيعين فى بيع المنهى عنه (۱) ضعيف لمنع كونه من هذا القبيل (۲)، فإن

المنهی عنه البیع حالا بکذا و مؤجلا بکذا، أو البیع علی تقدیر کذا بکذا، و علی تقدیر آخر بکذا (۳)، و المقام نظیر أن یقول: بعتک داری بکذا علی أن أبیعک بستانی بکذا، و لا مانع منه، لأنه شرط مشروع فی ضمن العقد.

العامل متبرعا بعمله من غیر هذه الناحیه، فلا وجه للقول بالضمان.

(۱) روی الصدوق (قده) عن شعیب بن واقد عن الحسین بن زید عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) فی مناهی النبی (ص):

قال: «نهی عن بیعین فی بیع» «۱» و روی الشیخ (قده) انه «نهی رسول اللّٰه (ص) عن سلف و بیع، و عن بیعین فی بیع» «۲».

(۲) و علی تقدیر تسلیم کونه من هذا القبیل فالتعدی عن البیع إلی المساقاه و إثبات حکمه فیها لیس الا قیاسا محضا.

(۳) و یحتمل ان یکون المراد به البیع إلی أجلین مختلفین، بان یبعه الکتاب مؤجلا إلی سته أشهر بخمسه دنانیر، و إلی سنه بعشره.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ باب ۱۲ من أبواب عقد البیع، ح ۱۲.

(۲) التهذیب: ج ۷ ص ۲۳۰.)

[(مسأله ۲۵): یجوز تعدد العامل]

(مسأله ۲۵): یجوز تعدد العامل (۱)، کأن یساقی اثنین بالنصف له و النصف لهما، مع تعیین عمل کل منهما بینهم أو فیما بینهما (۲)، و تعیین حصه کل منهما (۳).

و کذا یجوز تعدد المالک و اتحاد العامل، کما إذا کان البستان مشترکا بین اثنین فقالا لواحد: ساقیناک علی هذا البستان بکذا، و حینئذ فإن کانت الحصه المعینه للعامل منهما سواء- کالنصف أو الثلث مثلا- صح و ان لم یعلم العامل کیفیه شرکتهما (۴) و أنها بالنصف أو غیره، و ان لم یکن سواء- کأن یکون فی حصه أحدهما بالنصف و

فی حصه الآخر بالثلث مثلا- فلا بد من علمه بمقدار حصه کل منهما،

---

(۱) بلا إشکال فیه و لا خلاف.)

(۲) إذ المعتبر فی صحه المساقاه انما هو تعیین حصتهما فی قبال حصه المالک، بحیث یکون نصیب کل من العامل و المالک معلوما، و اما معرفه المالک بحصه کل منهما فیما بینهما فهی أمر غیر معتبر جزما، فإنه لا علاقه للمالک بکیفیه قسمه العاملین للحصه المشترکه بینهما بعد معلومیه حصتهما فی قبال حصته.

(۳) فیما بینهما.

(۴) إذ لا دخل لکیفیه شرکتهما فی الحصه المجعوله له، فإنه و علی کل تقدیر یأخذ الحصه المجعوله له من الجمیع، فلا یکون جهله هذا موجبا لجهاله حصته کما هو واضح.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۵۴

لرفع الغرر و الجهاله فی مقدار حصته من الثمر (۱).

[(مسأله ۲۶): إذا ترک العامل للعمل بعد اجراء العقد ابتداء أو فی الأثناء]

(مسأله ۲۶): إذا ترک العامل للعمل بعد اجراء العقد ابتداء أو فی الأثناء فالظاهر أن المالک مخیر بین الفسخ أو الرجوع

---

(۱) و قد استشکل فیه بعضهم بأنه إن تم إجماع علی البطلان مع الجهل فهو و الا فالقول به مشکل لعدم الدلیل علی قدح الغرر فی المقام و فیه: ان الظاهر فی المقام هو البطلان سواء أقلنا باختصاص نفی الغرر بالبیع- کما هو الصحیح- أم قلنا بعمومه للمقام أیضا.

و ذلک لما أشار إلیه الماتن (قده) من استلزامه الجهل بمقدار الحصه، فإنه لا بد فی المساقاه- علی ما یستفاد من صحیحه یعقوب بن شعیب و اخبار خیبر- من معلومیه حصه کل من المالک و العامل من الثمر، و لذا لو ساقاه علی ان یکون له فی مقدار من البستان النصف و فی مقدار آخر منه الثلث من غیر تعیین لما حکم ببطلانه جزما.

و حیث ان هذا الشرط غیر

متوفر فى المقام، لأنه إذا ساقى أحدهما على النصف و الآخر على الربع و كان مجموع النتاج مائه و عشرين رطلا، اختلف مقدار حقه من المجموع باختلاف مقدار نصيب كل منهما، فإذا كان نصيب صاحبه الأول من البستان الثلثين و نصيب الثانى الثلث كان له من المجموع خمسون رطلا، و إذا انعكس الأمر كان له أربعون رطلا، فلا بد من الحكم بالبطلان.

و الحاصل: ان مساقاه المالكين المتعددين مع اختلاف مقدار الحصه المجعوله للعامل و جهل نصيب كل منهما فى البستان، لما كان موجبا لجهاله ما يحصل للعامل محكومه بالفساد.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۵۵

الى الحاكم الشرعى (۱) فيجبره على العمل، و ان لم يمكن أستأجر من ماله من يعمل عنه أو بأجره مؤجله إلى وقت الثمر فيؤديها منه، أو يستقرض عليه و يستأجر من يعمل عنه، و ان تعذر الرجوع الى الحاكم أو تعسر فيقوم بالأمور المذكوره عدول المؤمنين (۲) بل لا يبعد جواز إجباره نفسه (۳)

---

(۱) لأنه ولى الممتنع، فإن وظيفه الولاه و ان كانت فى الأصل إجراء الأحكام الصادره من القضاه، الا ان استقرار نظام المعاش و حفظه يقتضى قيامه فى عصر الغيبه مقام القاضى فيما هو شأنه، حفظا لحق المظلوم و اقامه للنظام و القانون، و لكى لا يلزم من تركه الهرج فى الاجتماع.

و بعباره اخرى: ان نظام المعاش يقتضى وجود ولى يأخذ بحق المظلوم من الظالم و يقيم العدل فى الاجتماع، و عليه فان كان الولى الحقيقى موجودا فالأمر إليه، له التصدى له بالمباشره أو بنائبه الخاص و لا حق لأحد فى الاعتراض عليه. و الا فالأمر للحاكم الشرعى لأنه القدر المتيقن فى ذلك، و مع عدم إمكانه فالأمر للعدول

من المؤمنين حيث انهم يقومون مقام الحاكم الشرعى حيث يتعسر أو يتعذر الرجوع اليه، لكونهم القدر المتيقن منه بعد المفروغيه عن لا بديه أخذ حق المظلوم و اقامه نظام العدل فى الاجتماع و المنع من الهرج و الفوضى.

(۲) لما تقدم.

(۳) كما يقتضيه لزوم العقد و كونه مالكا لحق الإلزام.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۵۶

أو المقاصه من ماله (۱) أو استئجار المالک عنه (۲) ثم الرجوع عليه أو نحو ذلک. و قد يقال بعدم جواز الفسخ الا بعد تعذر الإجبار (۳) و أن اللازم كون الإجبار من الحاكم مع إمكانه (۴)، و هو أحوط و ان كان الأقوى

---

(۱) و فيه: انها انما تختص بالأموال، فلا وجه لإثباتها فى المقام و نحوه من موارد ثبوت الحق خاصه، حيث لا يملك المالک على العامل مالا شخصيا أو كليا فى الذمه، و انما يملک عليه حق الإلزام خاصه.

و الحاصل. انه لا دليل على ثبوت المقاصه فى موارد الحقوق.

(۲) فيه إشكال بل منع، إذ لا دليل على ولايه المظلوم على خصمه فان الاستئجار تصرف عن الغير و نفوذه عليه من دون رضاه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

إذن: فالصحيح هو انحصار حقه فى الفرض فى الفسخ أو إجباره بنفسه أو مراجعه الحاكم الشرعى و مع عدم إمكانه فعدول المؤمنين.

(۳) تعرضوا لهذا الشرط فى باب الخيارات، و قد عرفت فى محله انه لا موجب للقول بالترتب و الطوليه، فإن مقتضى دليل الفسخ ثبوته حتى مع التمكن من إجبار الممتنع، إذ لا معنى لجعل الشرط الا تعليق الالتزام بالعقد على وجوده.

(۴) و لا دليل عليه، فان لمن له الحق المطالبه به و أخذه من الممتنع ان أمكنه ذلک كما ان له

رفعه إلى الحاكم الشرعى و الاستعانه به فى استرداده بلا فرق فى ذلك بين الحقوق و الأموال الشخصيه و الكليه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۵۷

التخيير بين الأمور المذكوره (۱). هذا إذا لم يكن مقيدا بالمباشره و الا فيكون مخيرا بين الفسخ و الإجبار (۲) و لا يجوز الاستيجار عنه للعمل (۳). نعم لو كان اعتبار المباشره بنحو الشرط (۴) لا القيد يمكن إسقاط حق الشرط (۵) و الاستيجار عنه أيضا.

[(مسأله ۲۷): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشره]

(مسأله ۲۷): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشره (۶)، بل لو أتى به من غير

---

(۱) لما عرفته من عدم الدليل على الطوليه و الترتيب.

(۲) على ما يقتضيه تخلف العامل عنه من جهه و كونه ملزما عليه من جهه أخرى.

(۳) لامتناع صدور متعلق العقد- اعنى العمل المقيد كونه من العامل- من غيره.

(۴) بالتصريح أو إقامه القرينه، و الا فقد عرفت ان المتفاهم العرفى من الاشتراط فى هذه المقامات هو التقييد.

(۵) فيكون حال العقد حينئذ حال القسم الأول أعنى الإطلاق و عدم اشتراط شى ء، و الا فحاله حال القسم الثانى أعنى التقييد.

و الحاصل: ان أمر هذا القسم يدور بين القسمين الأولين الإطلاق و التقييد، فهو إما أن يكون بالنتيجه من الأول أو الثانى.

(۶) إذ الواجب عليه حينئذ انما هو تحقيق العمل فى الخارج و هو كما يحصل بفعله يحصل بفعل الغير نيابه عنه مجانا أو بعوض.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۵۸

قصد التبرع عنه أيضا كفى (۱) بل و لو قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضا (۲)، و ان كان لا يخلو من اشكال فلا يسقط حقه من الحاصل، و كذا لو ارتفعت الحاجه الى بعض الاعمال، كما إذا حصل

السقى بالأمطار و لم يحتج إلى النزح من الآبار، خصوصا إذا كانت العاده كذلك و ربما يستشكل بأنه نظير الاستئجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه فإن الأجير لا يستحق الأجره لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه، فاللازم فى المقام أيضا عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل. و يجاب بأن وضع المساقاه و كذا المزارعه على ذلك، فان المراد حصول الزرع و الثمره، فمع احتياج ذلك الى العمل فعله العامل، و ان استغنى عنه بفعل اللّه أو بفعل الغير سقط و استحق حصته، بخلاف

---

(۱) فيه إشكال بل منع فيما إذا صدر جميع العمل من المتبرع، فإنه حينئذ لا وجه لاستحقاقه شيئا من الحصه.

نعم لو بقى عليه بعض العمل استحق الحصه إذ لا يجب عليه القيام بجميع الاعمال و انما الواجب عليه قيامه بما تحتاجه الأرض.

و الحاصل: ان حال هذا الفرض هو حال ارتفاع الحاجه بنفسها و من غير قيام أحد بها،- الآتى- حيث اختار (قده) فيه ما ذكرناه هنا، فإنه لا فرق بينهما بالمره.

(۲) فيه اشكال يظهر مما تقدم.

الإجاره، فإن المراد منها مقابله العوض بالعمل منه أو عنه.

و لا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحيانا- كالاستقاء بالمطر- مع بقاء سائر الأعمال، و أما لو كان على خلافه- كما إذا لم يكن عليه الا السقى و استغنى عنه بالمطر أو نحوه كليه- فاستحقاقه للحصه مع عدم صدور عمل منه أصلا مشكل (۱).

[(مسأله ۲۸): إذا فسخ المالک العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل]

(مسأله ۲۸): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل يكون الثمر له (۲) و عليه أجره المثل (۳) للعامل بمقدار ما عمل، هذا إذا كان قبل ظهور الثمر،

---

(۱) بل ممنوع كما عرفت.

(۲) على ما

يقتضيه الفسخ- كما ستعرف بيانه.

(۳) فيه اشكال بل منع، تقدم وجهه غير مره، فإن سبب الضمان ينحصر فى العقد الصحيح و استيفاء العمل الصادر عن امره لا مجانا، و حيث ان كليهما منتف فى المقام، فان العقد قد ارتفع بالفسخ و الأمر انما كان متعلقا بالمقدمه الموصله، فلا موجب للقول بالضمان.

و بعباره اخرى: ان الضمان من جهه العقد منتف لانتفاء العقد بالفسخ، و الضمان من جهه الأمر غير ثابت بلحاظ عدم مطابقه المأتى به للمأمور به، إذ الأمر انما كان متعلقا بالعمل المستمر إلى حين حصول النتاج و هو لم يتحقق فى الخارج و ما تحقق فى الخارج من العمل الناقص لم يكن متعلقا للأمر.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۶۰

و إن كان بعده يكون للعامل حصته (۱) و عليه الأجره للمالك (۲) الى زمان البلوغ إن رضى بالبقاء و الا فله

---

(۱) الظاهر أنه لا فرق فى كون الثمره بتمامها للمالك بين فرض الفسخ قبل ظهور الثمر و فرضه بعده، و ذلك لان تأثير الفسخ و ان كان من حينه الا انه لما كان يتعلق بالعقد من الأول بحيث يفرض و كأن لم يكن، كان مقتضاه رجوع كل من العوضين فى العقود المعاوضيه إلى صاحبه، و كأن لم يكن قد انتقل عنه الى غيره بالمره، و حيث ان الحصه من الثمر انما جعلت فى عقد المساقاه بإزاء عمل العامل و عوضا عنه، كان مقتضى الفسخ رجوعها إلى المالك حتى و لو كان الفسخ بعد ظهور الثمر و إدراكه.

و مما يؤيد ذلك انه لو فسخ العقد بعد ادراك الثمر بسبب تخلف العامل عن شرط اشترط عليه أو غير ذلك لم يكن يعط اليه الحصه المقرره من

الثمر جزما و الا لكان الفسخ لغوا محضا.

و الحاصل: انه ليس معنى الفسخ بقاء العقد على حاله بالنسبه إلى تمليك الحصه للعامل، و الا لكان الفسخ لغوا واضحا، و انما معناه فرض العقد كأن لم يكن، و رفع اليد عنه من أول الأمر.

(۲) ظهر مما تقدم وجه النظر فيه، فان الحصه و بعد الفسخ لا تبقى على ملك العامل كى يستحق المالك عليه أجره مثل أرضه، فإنها و بأكملها تعود حينئذ ملكا للمالك و عليه للعامل الآجره لكون عمل العامل صادرا عن إذنه لا مجانا. فإنه- و فى هذا الفرض- قد أتى بالفعل المأمور به، و حيث انه لم تسلم له الحصه المجعوله نتيجه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۶۱

الإجبار على القطع بقدر حصته، إلا إذا لم يكن له قيمه أصلا فيحتمل أن يكون للمالك كما قبل الظهور (۱).

[(مسأله ۲۹): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه]

(مسأله ۲۹): قد عرفت أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ و يستأجر عنه و يرجع عليه اما مطلقا- كما لا يبعد- (۲) أو بعد تعذر الرجوع الى الحاكم لكن يظهر من بعضهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد على الاستيجار عنه، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه و بين اللّه، و فيه ما لا يخفى (۳) فالأقوى أن الإشهاد للإثبات ظاهرا، و الا فلا يكون شرطا للاستحقاق، فمع العلم به أو ثبوته شرعا يستحق الرجوع و ان لم يكن أشهد على الاستيجار. نعم لو اختلفا فى مقدار الأجره فالقول

لفسخ العقد، يضمن له المالك أجره مثل عمله.

(۱) بل هو كذلك حتى بعد الظهور كما عرفت.

(۲) قد مر الاشكال فيه و قد عرفت انه مما لا دليل عليه.

(۳) فإنه مقطوع البطلان

حيث لا يحتمل مدخليه الاشهاد فى ثبوت الولايه بناء على القول بها، و لولا هذه الجهه لكان مقتضى القاعده القول باعتباره، فإنه يكفى فى إثباته مجرد الشك و الاحتمال، إذ لا دليل لفظى على ثبوت الولايه كى يتمسك به فى نفى الاعتبار.

و كيف كان: فالأمر فيه سهل بعد ما عرفت من عدم الدليل على ثبوت الولايه للخصم بنفسه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۶۲

قول العامل فى نفى الزياده و قد يقال (۱) بتقديم قول المالك لأنه أمين و فيه ما لا يخفى.

و اما لو اختلفا فى أنه تبرع عنه أو قصد الرجوع عليه، فالظاهر تقديم قول المالك، لاحترام ماله و عمله إلا إذا ثبت التبرع، و ان كان لا يخلو عن إشكال بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل.

[(مسأله ۳۰): لو تبين بالبينه أو غيرها أن الأصول كانت مغصوبه]

(مسأله ۳۰): لو تبين بالبينه أو غيرها (۲) أن الأصول كانت مغصوبه

---

(۱) التشكيك فى هذا الفرع و الذى يليه انما يتجه بناء على ما اخترناه من عدم ثبوت الولايه للخصم نفسه، فإنه حينئذ يكون مجال للبحث فى تقديم قول المالك فى زياده الأجره و عدم التبرع أو العامل فى النقصان و التبرع.

و أما بناء على ما اختاره الماتن (قده) من ثبوت الولايه له عند تعذر الرجوع الى الحاكم، فلا مجال لهذا من أساسه إذ لا وجه للتشكيك فى تقديم قول الولى، فإنه مقدم على دعوى الخصم جزما للسيره العقلائيه القطعيه التى يعبر عنها فى كلمات الأصحاب بقاعده:

«من ملك شيئا ملك الإقرار به».

و الحاصل: ان حال الخصم على هذا التقدير يكون هو حال الحاكم عند وجوده، و لا أظن أن أحدا يمكنه زعم تقديم قول الخصم على الحاكم لأصاله عدم الزياده أو أصاله عدم الضمان.

(۲) مما تكون

حجيته مطلقه أيضا و غير مختصه بأحد الطرفين كحصول القطع أو الشياع المفيد للعلم، و الا فلو كانت حجيته مختصه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۶۳

فإن أجاز المغصوب منه المعامله صحت المساقاه (۱)

بأحدهما كإقرار المساقى حيث لا يكون حجه إلا عليه، فلا وجه للحكم بفساد العقد عند عدم إمضاء المالك- بحسب إقرار المساقى- له، فإن الإقرار انما ينفذ فى حق المقر خاصه دون العامل الجاهل بالحال.

و من هنا فلا مبرر لانتزاع الحصه المجعوله له فى العقد المحكوم بالصحه ظاهرا بالقياس اليه منه، نعم يثبت ذلك بالقياس الى المقر لاعترافه ببطلان العقد لوقوعه على ملك الغير و عدم استحقاقه لها.

و عليه للمقر له قيمه ما أخذه العامل من الحصه، لاعترافه بكونه هو المتلف له بجعله للعامل فى المعامله المحكومه بالصحه ظاهرا.

نظير ما لو وهب شيئا بالهبه اللازمه لشخص ثم اعترف بكونه غصبا، فإنه لا يلزم الموهوب له رده. و انما على المقر ان يغرم للمقر له قيمته.

و من هذا القبيل أيضا ما لو أقر بالمال لأحد ثم أقر به لثان ثم لثالث و هكذا، حيث يجب عليه دفع عينه الى الأول و يغرم لكل من الباقين قيمته لاعترافه بإتلاف المال العائد له.

و لعل مراد الماتن (قده) من كلمه «أو غيرها» غير البينه من الحجج المطلقه و الا فالإشكال مستحكم.

(۱) بينه و بين العامل، لأن إجازته لها بمنزله مباشرته للعقد بنفسه، بناء على ما حققناه فى محله من كون صحه العقد الفضولى عند اجازه من له الأمر على القاعده نظرا لانتساب الأمور الاعتباريه التى يكون

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۶۴

و الا بطلت (۱)، و كان تمام الثمر للمالك المغصوب منه (۲) و يستحق العامل

أجره المثل على الغاصب (٣) إذا كان جاهلا بالحال (۴) إلا إذا كان مدعيا عدم الغصبيه و أنها

قوامها بالاعتبار الى الموكل على حد انتسابها اليه عند مباشرته لها بنفسه فإنه و فى التقديرين يكون حقيقيا و خاليا عن التسامح و العنايه.

فانتساب هذا العقد للمالك كما يحصل بالأذن السابق منه فيه، يحصل بابرازه للرضا به و إمضاءه للفعل الصادر من غيره، فليس حال هذا حال الأمور الخارجيه الحقيقيه حيث لا يصح إسنادها- فى غير القبض- الى الموكل إلا بالعنايه و المجاز.

و الحاصل: أن إمضاء المالك للالتزام الصادر من الغاصب يجعل ذلك الالتزام السابق مستندا إليه حقيقه و كأنه قد باشر بنفسه من الأول.

(١) على ما تقتضيه القاعده، حيث وقع العقد على أصول الغير من غير رضاه.

(٢) لقانون تبعيه الثمر للأصول.

(٣) لأن عمله انما صدر عن أمره لا بقصد المجانيه و التبرع فلا يذهب سدى.

(۴) إذ لو كان عالما بالحال لكان فعله و تصرفه فى الأرض و الأصول محرما لوقوعه فى ملك الغير مع علمه به، و معه فلا يستحق عليه الأجره لأنه لا يكون- حينئذ- محترما.

و من هنا يظهر انه لا- مجال لقياس المقام بما ذكرناه فى غير مورد من انه لا فرق فى الضمان بين علم العامل بالفساد و جهله به لان العلم

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ۶۵

كانت للمساقى، إذ حينئذ ليس له الرجوع عليه، لاعترافه بصحه المعامله و أن المدعى أخذ الثمره منه ظلما. هذا إذا كانت الثمره باقيه. و اما لو اقتسماها و تلفت عندهما، فالأقوى ان للمالك الرجوع بعوضها على كل من الغاصب و العامل بتمامه (١) و له الرجوع على كل منهما بمقدار

به لا يلازم التبرع و قصد المجانيه،

فـإن ذلـک فیمـا إذا لم یکن العلم موجبا لتنجز حرمه الفعل فی حقه- کما هو الحال فی المقام- و الا فلا وجه لإثبات الضـمان و الأجره للفعل الحرام.

و الحاصـل: ان اسـتحقاق العامل لأجره مثل عمله انما یختص بفرض جهله بالحال و غصبیه الأصول، إذ یکون عمله عندئـذ مباحا محترما و معه فله المطالبه بعوضه من الآمر به لا مجانا، و لا ینافیه الحکم ببطلان العقد إذ لا ملازمه بینهما، فهو نظیر ما لو اسـتأجر لحمـل صـندوق فحمله ثم بـان کونه خمرا، فـان الحکم بفسـاد تلک الإجاره لا یوجب الحکم بـذهاب عمله هـدرا غایه الأمر أنه یستحق أجره المثل بدلا عن الأجره المسماه فی العقد.

(۱) الظاهر انه لا وجه لرجوع المالک علی العامل بعوض تمام الثمر مطلقا، فإنه لا یقاس المقام بباب تعاقب الأیدی حیث حکمنا بجواز رجوع المالک علی کل منهم و قلنا انه لا مانع من تعدد الضمانات علی المال الواحد نظیر الواجب الکفائی.

و ذلک: لعدم ثبوت ید العامل و سلطنته علی إتمام الثمر کی یکون ضامنا له، فان هذا العنوان لا یصدق علی مثل تصرف العامل فی جمیع

....

الثمر بسقی أصولها و نحو ذلک و إن کان فعله- مع علمه بالحال- محرما.

و بعباره أخری: ان دلیل الضـمان فی أمثال المقام منحصر ببناء العقلاء، إذ قد عرفت غیر مره ان قاعده علی الید لا یجوز الاعتماد علیهـا لعـدم ثبـوت کونهـا روایه فضـلا عن دلالتهـا، و حیث انه- بنـاء العقلاـء- غیر ثـابت فیمـا نحن فیه لتوقفه علی تحقق عنوان السلطنه و کون المال تحت تصرفه، و هو مفقود لعدم صدق ذلک بسبب ما للعامل من التصرفات، فلا وجه لإثبات

ضمان تمام المال علیه.

فشأن تصرف العامل فی غیر حصته شأن الأجیر الذی یقوم بکنس الدار المغصوبه، فإنه أ فهل یحتمل القول بضمانه للدار فی فرض علمه بالحال فضلا عن الجهل به؟ کلا، و لیس ذلک إلا لعدم صدق عنوان السلطنه و کون المال تحت تصرفه و یده بمثل هذا التصرف و إن کان حراما.

إذن: فالصحیح هو عدم جواز رجوع المالک علی العامل بتمام الثمر فی فرض علمه بالحال فضلا عن الجهل به، فإنه لا فرق بین الصورتین من هذه الناحیه.

و قد ذکر الأصحاب نظیر هذا فی باب الضمان فیما إذا اشترک غیر واحد فی السرقه، بحیث صدرت السرقه الواحده منهم جمیعا و علی نحو الاشتراک، حیث حکموا بأنه لیس للمالک الرجوع علی کل منهم إلا فیما یقابل جریمته، فلیس له مطالبه أحدهم بتمام المتاع.

و من الواضح انه لیس ذلک إلا لعدم استقلال کل واحد منهم فی السلطنه علی المال و جعله تحت یده و تصرفه.

نعم ما أفاده الماتن- قده- یتم بالقیاس إلی الغاصب، حیث

حصته (۱) فعلی الأخیر لا إشکال (۲). و إن رجع علی أحدهما بتمامه رجع علی الآخر بمقدار حصته (۳)، إلا إذا اعترف بصحه العقد و بطلان دعوی المدعی للغصبیه لأنه حینئذ معترف بأنه غرمه ظلما، و قیل: ان المالک مخیر بین الرجوع علی کل منهما بمقدار حصته و بین الرجوع علی الغاصب بالجمیع (۴) فیرجع هو علی العامل بمقدار حصته، و لیس له الرجوع علی العامل بتمامه، إلا إذا کان عالما بالحال (۵). و لا وجه له بعد ثبوت یده علی الثمر بل العین أیضا. فالأقوی ما ذکرناه (۶)، لان ید

یجوز للمالک الرجوع علیه بتمام

الثمر لثبوت يده عليه بتبع ثبوتها على الأصل فيصح الرجوع عليه به و إن لم يكن الثمر قد تلف عنده، فإنه لا أثر لذلك بعد ثبوت سلطنته التامه عليه و وقوعه بتمامه تحت يده.

(۱) لسلطنته عليه و وقوعه تحت يده فيكون ضامنا له ببناء العقلاء.

(۲) حيث يتحمل كل منهما ما غرمه للمالك و لا يرجع به على صاحبه لعدم المبرر له.

(۳) لما تقدم.

(۴) و قد تقدم وجه الحكم فى كلا الشقين.

(۵) عرفت فيما تقدم انه لا وجه للتفصيل بين صورتى علمه بالحال و جهله به فان الحكم فيهما واحد.

(۶) بل عرفته منا.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۶۸

كل منهما يد ضمان و قرار الضمان على من تلف فى يده العين و لو كان تلف الثمره بتمامها فى يد أحدهما كان قرار الضمان عليه. هذا و يحتمل (۱) فى أصل المسأله كون قرار الضمان

---

(۱) الا انه لا أساس له بالمره حتى على تقدير تسليم قاعده الغرور.

و ذلك: فلان حال المقام حال سائر العقود الفاسده من جهه الغصب، حيث لا غرور بقول مطلق، فإنه انما يكون إذا كان تسلم العامل للحصه من الثمر بعنوان المجانيه، فإن معه إذا غرم للمالك شى ء جاز له الرجوع به على الغاصب جزما، لما ذكرنا غير مره من بناء العقلاء على معامله مؤدى بدل التالف معامله المالك له بقاء، فله أن يرجع عليه ليطالبه بعوض ماله، و ليس للغاصب الاعتذار بكونه هو المتلف له، لأنه إنما أقدم على إعطاءه له مجانا و من غير ضمان، فهو نظير من يغصب الشاه ثم يطعمها لمالكها حيث لا يوجب ذلك سقوط الضمان.

و أين هذا من المقام حيث لم يكن تسلمه للحصه بعنوان المجانيه، بل الغاصب

انمـا جعلهـا له و سـلمها اليه لتكون عوضا و بـدلا عن عمله فى الأصل، فإذا حكم بضـمان بـدلها للمالك لم يكن مغرورا من قبل الغـاصب لرجوعه عليه بـأجره مثـل عمله، فهو نظير رجوع المالـك على المشترى من الغـاصب بعوض المبيع التـالف، إذ لا يرجع المشـترى على البـائع إلاـ بضـمان واحـد هو مـا دفعه اليه بعنوان المسـمى. من دون ان يكون له الرجوع بمـا غرمه للمالـك أيضـا بدعوى كونه مغرورا من قبله.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۶۹

على الغـاصب مع جهـل العامـل، لاـنه مغرور من قبله، و لاـ ينـافيه ضـمانه لأجره عمله، فإنه محترم، و بعـد فساد المعامله لا يكون الحصه عوضا عنه، فيستحقها، و إتلافه الحصه إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له.

[(مسأله ۳۱): لا يجوز للعامل فى المساقاه أن يساقى غيره مع اشتراط المباشره]

(مسأله ۳۱): لا يجوز للعامل فى المساقاه أن يساقى غيره مع اشتراط المباشره (۱) أو مع النهى عنه (۲).

و أمـا مع عـدم الأـمرين ففى جوازه مطلقـا- كمـا فى الإجاره و المزارعه- و ان كان لا يجوز تسـليم الأصول إلى العامل الثانى الا بإذن المالك (۳)، أو لاـ يجوز مطلقـا و ان أذن المالـك، أو لا يجوز الا مع إذنه، أو لا يجوز قبل ظهور الثمره و يجوز بعـده (۴) أقوال،

---

(۱) لمنافاته للشرط الواجب عليه الوفاء به لكونه مأخوذا فى ضمن عقد لازم.

(۲) لانه يدل بالدلاله الالتزاميه على اعتبار المباشره فيكون بمنزله الشرط.

(۳) على اشكال فيه تقدم فى الإجاره و المزارعه و يأتى بيانه قريبا.

(۴) الظاهر عدم كون هذا التفصيل قولا فى المسأله، إذ الذى ينبغى أن يكون محلا للكلام هو خصوص فرض ما قبل ظهور الثمر و أما بعده فلما كان العامل مالكا للحصه منها بالفعل- على ما سيأتى منه-

قده- أيضا- فله ان يتصرف فيها و ينقلها بأى ناقل شاء

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۷۰

أقواها الأول (۱) و لا دليل على القول بالمنع مطلقا أو

و بإزاء أى عوض اختار، فان العمومات و الإطلاقات غير قاصره الشمول لمثله.

(۱) نظرا لان دليل صحه المساقاه يقتضى ثبوت حق للعامل فى التصرف فى ذلك البستان بإزاء الحصه المعينه من الثمر، و معه فنقله إلى الغير لا يحتاج إلى الدليل الخاص لكفايه العمومات و الإطلاقات فى إثبات جوازه، فان الناس مسلطون على أموالهم.

نعم لو كان الشك فى صحه المساقاه من أساسها لكان إثباتها محتاجا الى الدليل الخاص، لعدم وفاء العمومات و الإطلاقات بها لما عرفته مرارا من عدم شمولها لما يتضمن تمليك المعدوم.

الا أن المقام ليس من هذا القبيل فإن صحه العقد ثابته و حق العامل فى البستان أمر لا يقبل الإنكار، فلم يبق الا نقل هذا الحق كلا أو بعضا إلى الغير، و إثباته لا يحتاج الى الدليل الخاص.

و الحاصل: ان أصل ثبوت الحق للعامل يحتاج إلى الدليل الخاص حيث لا يمكن إثباته للعمومات و الإطلاقات، و أما بعد ثبوته فجواز نقله إلى الغير يكون على القاعده و لا يحتاج الى الدليل الخاص.

ثم ان مقتضى ما ذكرناه هو الالتزام بجواز تسليم الأصول إلى العامل الثانى مطلقا أيضا و من غير توقف على إذن المالك فى ذلك- على ما تقدم بيانه فى باب الإجاره و المزارعه أيضا- فإنه لما لم تكن المباشره شرطا فى المساقاه و كان يجوز للعامل الأول أن يشرك غيره فى العمل و التصرف، جاز له تسليم الأرض إلى غيره أيضا و يكون ذلك مقتضى إطلاق العقد.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۷۱

فى الجمله

بعد شمول العمومات (١) من قوله تعالى:

(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ). و كونها على خلاف الأصل (٢) فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم (٣) ممنوع بعد شمولها (۴). و دعوى: أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكا للمساقى أو كان وكيلا من المالك، أو وليا عليه، كما ترى، إذ هو أول الدعوى (۵).

[(مسأله ٣٢): خراج السلطان فى الأراضى الخراجيه على المالك]

(مسأله ٣٢): خراج السلطان فى الأراضى الخراجيه على المالك (۶) لأنه إنما يؤخذ على الأرض التى هى للمسلمين

---

(١) فى شمولها لمثل المقام ما لا يخفى.

(٢) لاشتمالها لتمليك المعدوم و هو غير جائز.

(٣) و هو ما إذا كان المالك هو طرف المعامله مع العامل.

(۴) بل لما تقدم من أن المقام من نقل الحق الثابت للعامل لا من إثبات الحق له كى يحتاج الى الدليل الخاص.

ثم ان من دليل البطلان هذا يظهر عدم تماميه التفصيل بين صورتى إذن المالك فى ذلك و عدمه، إذ لا أثر لإذن المالك فى المعامله التى لم يقم دليل على صحتها.

(۵) حيث يكفى فى الصحه كونه ذا حق فيها بحيث يجوز له ذلك التصرف.

(۶) لا بمعنى انه ان أخذ من العامل قهرا كان له الرجوع به على المالك فإنه مما لا دليل عليه، و انما هو بمعنى أنه إذا أخذه من المالك

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٢

لا الغرس الذى هو للمالك، و إن أخذ على الغرس فبملاحظه الأرض، و مع قطع النظر عن ذلك أيضا كذلك فهو على المالك مطلقا (١) الا إذا اشترط كونه على العامل (٢) أو عليهما بشرط العلم بمقداره.

[(مسأله ٣٣): مقتضى عقد المساقاه ملكيه العامل للحصه من الثمر من حين ظهوره]

(مسأله ٣٣): مقتضى عقد المساقاه ملكيه العامل للحصه من الثمر من حين ظهوره، و الظاهر عدم الخلاف فيه (٣) الا من بعض العامه حيث قال بعدم ملكيته له الا بالقسمه قياسا على عامل القراض، حيث انه لا يملك الربح الا بعد الإنضاض. و هو ممنوع عليه حتى فى المقيس عليه (۴)

لم يكن له الرجوع به كلا أو بعضا على العامل.

(۱) لاقتضاء عقد المساقاه له حيث لا يكون على العامل الا العمل بما فيه مستزاد الثمره و أما

الأرض و الأصول فهما بشئونهما من واجبات المساقى.

(۲) فيجب عليه الوفاء من باب لزوم الشرط لا اقتضاء العقد بنفسه له.

(۳) و تدل عليه قبل كل شى ء صحيحه يعقوب بن شعيب- المتقدمه فى أول الكتاب- حيث ان المذكور فيها عنوان ما أخرج، و من الواضح انه صادق على الثمره قبل الإدراك، فإنها مما أخرجته الأرض فيكون للعامل منها الحصه المعينه المجعوله له.

(۴) لما عرفته فى المضاربه من اشتراك العامل مع المالک فى الربح و ملكيته للحصه منه بمجرد ظهوره و من غير توقف على الإنضاض فضلا عن القسمه.

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۷۳

نعم لو اشترطا ذلک فى ضمن العقد لا يبعد صحته (۱).

و يتفرع على ما ذكرنا فروع: (منها): ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمه مع اشتراط مباشرته للعمل فإن المعامله تبطل من حينه و الحصه تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا (۲).

نعم تكون هذه الملكيه قبل القسمه متزلزله نظرا لكون الأرباح وقايه لرأس المال حيث تجبر به الخساره الطارءه.

إذن: فالحكم غير ثابت فى المضاربه، و على تقدير ثبوته فيها فإثباته فى المقام قياس محض و لا نقول به.

(۱) بل هى بعيده جدا، لما عرفته غير مره من أن دليل الشرط ليس مشرعا، فإنه لا- يقتضى إلا لزوم الوفاء بما ثبت جوازه و مشروعيته فى نفسه و قبل أخذه شرطا فى ضمن العقد. فما لم يكن كذلک لا مجال لإثبات صحته بالشرط.

و حيث ان المقام من قبيل الثانى باعتبار ان الملكيه بعد الإدراک أو القسمه من تمليک المعدوم و هو غير سائغ فى نفسه، فلا وجه لإثبات صحته بالشرط.

فالصحيح هو القول بالبطلان لقصور أدله الشروط عن إثبات صحته بعد عدم شمول أدله المساقاه

لمثله، نظرا لكونها على خلاف القاعده فلا يمكن التعدى عن موردها- الاشتراک من حين ظهور الثمر- إلى غيره.

(۲) و فيه: انه لا وجه لجعل الحصه للورثه بعد الحكم ببطلان

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۷۴

(و منها): ما إذا أفسخ أحدهما بخيار الشرط أو الاشتراط بعد الظهور (۱) و قبل القسمه أو تقايلا.

العقد، فالصحيح هو الحكم ببطلان العقد من أصله لامتناع تحقق متعلقه حيث لا يمكن الإتيان بالأعمال الباقيه من العامل، و عليه فيكون الثمر بأجمعه للمالک و من دون ان ينتقل منه شى ء إلى الميت أو ورثته لأن الحصه انما جعلت له بإزاء مجموع عمله و تمامه، و حيث انه لا يمكنه الوفاء به فلا يستحق شيئا منها.

و الحاصل: ان ملكيه العامل للحصه و ان كانت من حين الظهور الا انها مشروطه بشرط متأخر هو إنهاء العامل للعمل حتى يبلغ و يدرک، و من هنا فإذا امتنع تحقق هذا الشرط فى الخارج كان لازمه الحكم ببطلان العقد من الأول و انتقال الثمر بأكمله إلى المالک و من دون ان يكون للعامل منه شى ء.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مبانى العروه الوثقى، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

مبانى العروه الوثقى؛ ج ۲، ص: ۷۴

نعم لما كان عمل العامل هذا عملا محترما صادرا عن أمر الغير لا بقصد المجانيه، ثم لم يسلم له العوض المجعول له للحكم ببطلان العقد، كان له اجره المثل عليه سواء أقلنا بملكيته للحصه من حين الظهور أو بعد الإدراک.

إذن: فلا وجه لجعل ما ذكره (قده) ثمره للنزاع، فإن المعامله باطله على التقديرين و الثمره بأكملها يكون للمالک من دون ان يكون شى ء منها

لورثه العامل.

(۱) فساد الثمره فى هـذا الفرع أوضـح منه فى سابقه، لأنه و ان كان ذلك بعـد بلوغ الثمره و إدراكها الا ان نتيجه الفسخ انما هى فرض

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۷۵

(و منها): ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور (۱).

(و منهـا): مـا إذا خرجت الأـصول عن القـابليه لإـدراك الثمر ليبس أو فقـد المـاء أو نحو ذلـك بعـد الظهور، فان الثمر فى هـذه الصوره مشترك بين المالك و العامل و ان لم يكن بالغا (۲).

العقـد كـأن لم يكن و رجوع كـل من العوضـين الى مـالكه، فيكون الثمر بـأجمعه للمالـك على كلا القولين. و للعامل اجره مثل عمله لما تقدم.

(۱) يظهر الحـال فيه مما تقـدم فى الفرع الأول، فإن حال العجز عن الإتمام مع اشتراط المباشـره عليه هو حال الموت مع الشـرط، فيحكم ببطلان العقد من الأول و يكون الثمر بتمامه للمالك و للعامل اجره مثل عمله.

(۲) هـذا فيمـا إذا صـدق عليه عنوان الثمر- كما هو الظاهر من كلامه (قـده) كالحصـرم بالنسـبه إلى العنب، فإنه ثمر موجود قابل للانتفاع به و الاسـتفاده منه و ان لم يكن قـد بلغ الحـد المقصود و أدرك، فإنه حينئـذ يصـح جعله ثمره للقولين، فإنه على الأول يكون مشتركا بينهما فى حين يختص به المالك على الثانى و هو واضح.

و أمـا إذا كـان ذلك قبل صـدق عنوان الثمر عليه فالظاهر اتحاد النتيجه على القولين، فان الموجود و بأكمله يكون للمالك و من دون أن يكون للعامـل شـى ء، لأـن مبـدأ الاـشتراك انمـا هو من حين ظهور الثمر، فمع انتفاءه لا يكون للعامل شـى ء، و بـذلك ينكشف بطلان

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۷۶

(و منها): فى مسأله

الزكاه فإنها تجب على العامل أيضا إذا بلغت حصته النصاب، كما هو المشهور، لتحقق سبب الوجوب، و هو الملكيه له حين الانعقاد أو بدو الصلاح على ما ذكرنا، بخلافه إذا قلنا بالتوقف على القسمه (۱): نعم خالف فی وجوب الزكاه عليه ابن زهره هنا و فی المزارعه، بدعوی: أن ما يأخذه كالأجره، و لا يخفى ما فيه من الضعف، لأن الحصه قد ملكت بعقد المعاوضه أو ما يشبه المعاوضه، لا بطريق الأجره (۲).

مع أن مطلق الأجره لا تمنع من وجوب الزكاه، بل إذا تعلق المالک بها بعد الوجوب، و أما إذا كانت مملوكه قبله فتجب زكاتها كما فی المقام و كما لو جعل مال الإجاره لعمل زرعا قبل ظهور ثمره فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب، فهو نظير ما إذا اشترى زرعا قبل

المساقاه من الأول لابتنائها على إمكان خروج الثمر- على ما مر- فتبطل بامتناعه.

(۱) حيث تكون على المالک خاصه، لتحقق سبب الوجود بالقياس اليه فقط دون العامل لأنه إنما ملكه بعد الانعقاد و بدو الصلاح.

(۲) فان المالک لا- يملک عمل العامل بالعقد کی تكون الحصه المجعوله له أجره له- و انما المساقاه- على ما تقدم بيانها- معامله مستقله تجعل لكل من الطرفين حق إلزام الآخر بما تعهد به.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۷۷

ظهور الثمر.

هذا و ربما يقال بعدم وجوب الزكاه على العامل فی المقام، و يعلل بوجهين آخرين:

(أحدهما): أنها انما تجب بعد إخراج المؤن، و الفرض كون العمل فی مقابل الحصه فهی من المؤن، و هو كما ترى (۱)، و الا لزم احتساب أجره عمل المالک و الزارع لنفسه أيضا، فلا نسلم أنها حيث كانت فی قبال العمل تعد من المؤن.

---

(۱)

حيث قـد عرفت فى مسأله اسـتثناء المؤن فى باب الزكاه، انه و ان كان هو المشـهور و المعروف بينهم، الا انه لا دليل عليه بالمره، فإن الدليل على الاسـتثناء، انما يختص بالخمس فلا وجه لإثبات الحكم فى الزكاه أيضا، و عليه فمقتضـى إطلاقات وجوب العشر أو نصفه فى الحاصل وجوب الزكاه فى الجميع.

على اننا لو قلنا بالاستثناء تنزلا، فالتعبير بالمؤنه لا يعم العمل الذى يقوم به الإنسان فى سبيل تحصيل الثمر، فإنها ليست إلا الأموال الخـارجيه التى يبـذلها الإنسـان فى سبيـل تحصـيله، كما هو الحال فى الخمس أيضا، حيث يتعلق الخمس بالفاضل عن مؤنه سـنه العامل مما جمعه من أجور عمله من دون استثناء شى ء بعنوان عمله و هكذا.

و عليه: فحيث ان العامل فى المقام لم يصرف شيئا من أمواله

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٧٨

(الثـانى): أنه يشترط فى وجوب الزكـاه التمكن من التصـرف، و فى المقام و ان حصـلت الملكيه للعامل بمجرد الظهور، الا انه لا يسـتحق التسـلم الا ـ بعـد تمـام العمـل. و فيه: مع فرض تسـليم عـدم التمكن من التصـرف أن اشتراطه مختص بمـا يعتبر فى زكاته الحول- كالنقدين و الانعام- لا فى الغلات (١)، ففيها و ان لم يتمكن من

الخاصه فى سبيل تحصيل الزرع، و انما صرف العمل خاصه، فلا وجه لاستثناء شى ء له بعنوان المؤنه.

(١) تقدم الكلام فى هذا الفرع فى كتاب الزكاه مفصـلا و قد عرفت هناك ان الصحيح اعتبار التمكن من التصرف بقول مطلق و من غير اختصـاص له بالنقـدين و الأنعـام، فإن مجرد ملكيه العين لا يوجب تعلق الزكاه بها حتى و لو لم يمكن المالك التصـرف فيها و ان كانت من الغلات.

و من هنا فالصحيح فى

الجواب ان يقال: ان عدم التمكن من التصرف الذى يكون مانعا من تعلق الزكاه بالعين لا يعم العجز الناشئ من الحكم التكليفى، فإن المراد به انما هو العجز الخارجى الناشئ من خروج المال عن تحت سلطانه بالغصب أو السرقه أو ما شاكلهما، و أما العجز الناشئ من الحكم التكليفى و لو من جهه النذر و نحوه، فلا يوجب انتفاء الزكاه عن العين، و الا لما وجبت الزكاه على المالك أيضا لعدم جواز تصرفه فى المال المشترك، بل و عدم وجوبها فى مطلق المال المشترك باعتبار ان كلا من الشركاء يكون ممنوعا من التصرف

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۷۹

التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد التمكن على الأقوى، كما بين فى محله. و لا يخفى أن لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاه هذه الحصه على المالك أيضا (۱)- كما اعترف به- فلا يجب على العامل، لما ذكر، و لا يجب على المالك لخروجها عن ملكه.

[(مسأله ۳۴): إذا اختلفا فى صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره]

(مسأله ۳۴): إذا اختلفا فى صدور العقد و عدمه فالقول قول منكره (۲)، و كذا لو اختلفا فى اشتراط شى ء على أحدهما و عدمه (۳) و لو اختلفا فى صحه العقد و عدمها قدم قول مدعى الصحه (۴) و لو اختلفا فى قدر

فى المال المشترك من دون إذن سائر الشركاء، و هو مقطوع البطلان و لا يمكن الالتزام به.

(۱) بل و فى حصته أيضا، بل و فى مطلق المال المشترك و ان لم يكن الاشتراك من جهه المساقاه، حيث لا يجوز لأحد من الشركاء التصرف فى المال المشترك قبل إذن سائر الشركاء- كما تقدم.

(۲) فإن إلزام الغير بشى ء- جواز التصرف فى بستانه أو العمل فى الأصول- يحتاج إلى

الإثبات و الا فالأصل عدمه.

(۳) لما تقدم، فإنه أمر زائد على العقد، فإلزامه به يحتاج إلى الإثبات، كما هو الحال فى سائر العقود.

(۴) لأصاله الصحه المستفاده من السيره العمليه القطعيه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۸۰

حصه العامل قدم قول المالک المنكر للزياده (۱) و كذا لو اختلفا فى المده (۲). و لو اختلفا فى قدر الحاصل قدم قول العامل (۳) و كذا لو ادعى المالک عليه سرقه أو إتلافا أو خيانه (۴). و كذا لو ادعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أمينا له كما هو الظاهر.

و لا يشترط فى سماع دعوى المالک تعيين مقدار ما يدعيه عليه، بناء على ما هو الأقوى من سماع الدعوى المجهوله (۵) خلافا للعلامه فى التذكره فى المقام.

---

(۱) لقانون تبعيه النماء للأصل فى الملكيه، فإن مقتضاه كون جميع النماء للمالک و انما خرجنا عنه فى خصوص القدر المتيقن لثبوت الجعل بالنسبه إليه فى العقد الصحيح، فيبقى الباقى على ملک المالک بمقتضى القاعده.

(۲) فإن إلزام مدعى الأقل بالفتره الزائده يحتاج إلى الإثبات.

(۳) لم يظهر لنا ثمره هذا النزاع كى يقال بتقديم قول العامل أو المالک، فان مجرد النزاع فى قدر الحاصل بوحده لا أثر له ما لم يرجع الى الدعوى الآتيه من الاتهام بالإتلاف أو السرقه أو الخيانه أو التلف مع التفريط أو الاستيلاء عليه من غير إذن المالک و لو اشتباها و إلا فأصل النزاع لا يجدى شيئا بعد ان كان الاشتراک فى أصل الثمار لا بدلها.

(۴) للأصل.

(۵) لإطلاقات أدله القضاء بالبينات و الأيمان و أن على المدعى

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۸۱

[(مسأله ۳۵): إذا ثبت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها]

(مسأله ۳۵): إذا ثبت الخيانه من العامل بالبينه أو غيرها، هل له رفع

يد العامل على الثمره أو لا؟ قولان:

أقواهما العدم (١)، لأنه مسلط على ماله، و حيث ان المالك أيضا مسلط على حصته فله أن يستأجر أمينا يضمه

البينه و اليمين على من أنكر، فإن مقتضاها عدم اختصاص ذلك بكون الدعوى محدوده المقدار: بل تسمع حتى و لو ادعى السرقه على الإطلاق و من غير تحديد للكميه المسروقه.

(١) بل أقواهما الجواز، و ذلك لأن فى عقد المساقاه خصوصيه تمتاز بها عن سائر موارد الشركه، إلا و هى تصرف العامل فى البستان و الملك الخاص للمالك زائدا عن تصرفه فى الأصول و الثمر، و هذا التصرف انما كان العامل مأذونا فيه ما دام كان يقوم به لحفظ الثمره و تربيتها مجردا عن الخيانه و التعدى فإذا تغيرت الحاله و ثبت خيانه العامل كان للمالك رفع اليد عن إذنه فى هذا التصرف و معه فلا يجوز للعامل الدخول إلى البستان.

و بعباره أخرى: ان العامل انما هو مأذون فى حصه خاصه من الدخول و التصرف فى البستان و هى ما يكون لصالح الثمر من الحفظ و التربيه مجردا عن الخيانه، فإن هذه الحصه من التصرف هى التى التزم المالك بها، فإذا تجاوز العامل ذلك الحدود و قام بخيانه المالك كان له رفع يده عن إذنه و منعه من التصرف فيه، و مجرد سلطنه العامل على الثمره لا يقتضى لزوم الأذن على المالك للعامل فى التصرف فى ماله الخاص به- اعنى البستان.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٢

مع العامل، و الأجره عليه لان ذلك لمصلحته. و مع عدم كفايته فى حفظ حصته جاز رفع يد العامل (١) و استيجار

---

(١) و كأنه لدليل نفى الضرر الحاكم على قاعده السلطنه، فإن سلطنه العامل على

ماله إذا كانت موجبه لتضرر شريكه- المالك- كان مقتضى حكومه لا ضرر على قاعده السلطنه ثبوت الحق للشريك فى منعه منه و رفع يده عن المال.

فليس للشريك ان يضر بشريكه و ان كان مسلطا على ماله، فان ذلك لا يعنى جواز الإضرار بالشريك على ما يستفاد ذلك من قضيه سمره بن جندب مع الأنصارى حيث كان له عذق فى بستانه فكان يدخل و يخرج من غير استئذان مما كان يسبب ازعاجا للأنصارى و عائلته فشكى عند رسول اللّه (ص) فأمر الرجل بالالتزام بما لا يوجب تضرر الأنصارى، لكنه لما امتنع عن امتثاله أمر (ص) الأنصارى بقلع الشجره و القاءها «۱».

و هذا التوجيه تام و متين، الا ان مقتضاه عدم اختصاص الحكم بصوره عدم كفايه ضم الأمين إلى العامل فى حفظ الحصه، و ثبوته حتى مع التمكن من الاستئجار لان الاستئجار من أجل منع صاحبه من الخيانه حكم ضرورى أيضا فلا وجه لإلزام المالك به.

و من هنا: فلا يبعد الحكم بجواز رفع المالك ليد العامل عن الحصه سواء تمكن من استئجار من يضمه الى العامل أم لم يتمكن.

و حينئذ فيلزم المالك بحفظ المال المشترك حذرا من التلف.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۷ ب ۱۲ من أبواب كتاب احياء الموات، ح ۱.

من يحفظ الكل و الأجره على المالك أيضا (۱).

[(مسأله ۳۶): قالوا المغارسه باطله]

(مسأله ۳۶): قالوا المغارسه باطله (۲) و هى أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما سواء اشترط كون حصه من الأرض أيضا للعامل أو لا. و وجه البطلان الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعده. بل ادعى جماعه الإجماع عليه. نعم حكى عن الأردبيلى و صاحب الكفايه الإشكال

فيه، لإمكان استفاده الصحه من العمومات. و هو فى محله (٣) ان لم يتحقق

---

(١) لما تقدم.

(٢) و هو الصحيح- على ما ستعرف بيان الوجه فيه.

(٣) بل الصحيح هو القول بالفساد، لعدم إمكان التمسك بالعمومات فى المقام من جهات:- الاولى: ان ظاهر العمومات و الإطلاقات اتحاد زمان الإنشاء و المنشأ بحيث يكون الأثر فعليا و متحققا مقارنا للإنشاء فى زمانه و لذا قلنا بعدم صحه بيع داره فى غير الآن أو إطلاق زوجته كذلك.

و حيث ان هذا الشرط غير متوفر فى المقام إذ المغارسه- على ما هو ظاهر تعريف الماتن- قده- و غيره لها- انما تقتضى استقلال مالك الفسلان بملكيتها قبل غرسها و كون شركتهما فى المغروس، و هو من إنشاء ملكيه الأمر المتأخر حيث يكون الإنشاء فعليا فى حين ان المنشأ- الملكيه- انما يكون بعد الغرس، فلا تشمله العمومات و لا يمكن الحكم بصحتها،

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨۴

....

و بعباره اخرى: ان ظاهر العمومات اعتبار اتصال المنشأ و ما يحكم بانتقاله بموجب العقد بالإنشاء و العقد نفسه، و حيث ان هذا مفقود فى المغارسه باعتبار أنها مستلزمه للتفكيك بين الإنشاء و المنشأ فلا تشمله العمومات.

و لا يقاس ذلك بباب الإجاره حيث لا خلاف فى صحه إجاره الدار أو غيرها فى الشهر القادم أو السنه القادمه من الآن.

فإنه توهم فاسد، إذ لا انفكاك بين الإنشاء و المنشأ و العقد و الملكيه فإنهما متحدان زمانا غايه الأمر ان المملك- بالفتح- بالعقد هى المنفعه المتأخره، و لا ضير فى ذلك بعد ان كانت المنافع بأجمعها- الموجوده بالفعل و اللاحقه- مملوكه للمالك.

الثانيه: جهاله فتره الملكيه، حيث لا حد للعمل الذى التزم به الغارس بالنسبه إلى الأشجار فإنه غير

موقت بوقت معين، و من هنا فان كان مبهما فلا مجال للحكم بصحه ما لا واقع له و إن كان موقتا ببقاء الأشجار حكم ببطلانها لمجهوليه تلك الفتره، و دعوى: ان الجهاله فى غير البيع لا يقتضى البطلان لعدم الدليل عليه.

مدفوعه: بأن ذلك انما هو فيما لا دخل له فى ماليه الشى ء و إلا فلا يصح العقد معها.

الثالثه: مجهوليه المنفعه التى يسلمها المالک للغارس بالتمليک أو الأذن فيما إذا كان عوض عمله منحصرا فى انتفاعه بالأرض، بحيث لم يكن قد اشترط له الحصه من الأرض.

فإن هذه المنفعه مجهوله لعدم تحديدها بحد معين، و معه فلا مجال

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۸۵

الإجماع ثم على البطلان يكون الغرس لصاحبه (۱) فان كان من مالک الأرض فعليه أجره عمل الغارس (۲) إن كان جاهلا بالبطلان (۳)، و ان كان للعامل فعليه اجره

للحكم بصحتها.

و الحاصل: ان الحكم بصحه المغارسه يحتاج إلى الدليل الخاص و حيث انه مفقود فالأصل هو الفساد.

ثم ان الحكم بالصحه- على تقدير تسليمه- انما يتم فيما إذا كانت الأشجار معلومه من حيث الكم و الجنس، و إلا فلا مجال للحكم بها، إذ لا موقع للحكم بصحه ما لا واقع له أصلا.

(۱) لعدم الموجب لانتقاله عنه إلى غيره، فان السبب المتصور انما هو العقد و المفروض الحكم ببطلانه و عدم تأثيره شيئا.

(۲) لصدور عمله المحترم عن أمره لا بقصد المجانيه. و حيث لم يسلم له العوض المسمى تثبت له أجره المثل لئلا يذهب عمله المضمون هدرا.

(۳) بل و مع العلم به أيضا. لما عرفته فى غير موضع من ان العلم بالفساد لا يلازم تبرع العامل بالعمل، فإنه انما يقدم على القيام بالعمل مضمونا على المالک

حتى مع علمه بعدم إمضاء الشارع لذلک العوض.

نعم حیث حکم على العقد بالبطلان لا یستحق العامل العوض المسمى و الضمان المعین فی العقد و انما ینتقل حقه إلى بدل عمله و أجره مثله.

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۸۶

الأرض للمالک (۱) مع جهله به (۲)، و له الإبقاء بالأجره (۳) أو الأمر بقلع الغرس (۴)، أو قلعه بنفسه (۵)، و علیه أرش نقصانه إن نقص من جهه القلع (۶) و یظهر من

---

(۱) لاستیفاءه لمنافعها و تصرفه فیها مضمونا علیه.

(۲) تظهر الحال فیه مما تقدم فی نظیره.

(۳) أو مجانا مع التراضی، فإن الملک لهما- فالأرض للمالک و الغرس للعامل- فالحق لا یعدوهما.

(۴) لسلطنته على أرضه، فله مطالبته بتخلیه ملکه عن مال لا یعود إلیه.

(۵) فإن جواز تخلیته لملکه عن مال الغیر من حقوق المالکیه المملوکه له. فله مباشرتها بنفسه و لیس للغارس منعه عنها، کما هو الحال فی غیر الأشجار من الأموال.

ثم هل یکون هذا الحق فی طول أمره للعامل بالتخلیه و امتناعه عنها أو فی عرضه بحیث یکون له مباشرتها ابتداء و قبل مراجعه العامل؟

الظاهر هو الثانی: فإنه مسلط على ماله، و لیس للغارس حق فی الإبقاء کی یتوهم منافاه التخلیه لسلطنته على الأشجار، فهو نظیر ما یذکرونه فیما إذا دخل مال الغیر فی ملکه بغیر إذنه کما لو دخل بعض القطیع إلى داره، فإنه یجوز له إخراجه ابتداء و قبل مراجعه مالکه و أمره بذلک، و لا یعد ذلک منافیا لسلطنه صاحبه علیه بعد ان لم یکن لصاحبه حق و سلطان فی إبقاءه فی ذلک المکان.

(۶) هذا إذا لم یباشر العامل القلع بنفسه، و إلا فلا وجه للضمان

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۸۷

جماعه أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائما و مقلوعا. و لا دليل عليه بعد كون المالك مستحقا للقلع (١). و يمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر- مثلا- بحيث لا يمكن غرسه فى مكان آخر. و لكن كلمات الآخرين لا تقبل هذا الحمل، بل هى صريحه فى ضمان التفاوت بين القائم و المقلوع، حيث قالوا: مع ملاحظه أوصافه الحاليه من كونه فى معرض الإبقاء مع الأجره أو القلع. و من الغريب ما عن المسالك من ملاحظه كون قلعه مشروطا بالأرش لا مطلقا، فان استحقاقه للأرش من أوصافه و حالاته،

فان العيب انما حصل بفعله هو فلا يكون مضمونا على غيره و ان كان ذلك نتيجه لمطالبته إياه و أمره به، فإنه حق له فليس لأحد منعه منه، و كذا الحال فيما إذا امتنع العامل عن تخليه أرضه فرفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه فأمره الحاكم بالتخليه، فإنه- أيضا- لا يستتبع الضمان نظرا لان الحاكم ولى الممتنع فيكون حال الفعل الصادر منه عن أمره حال مباشره العامل للقلع بنفسه.

(١) و بعباره أخرى: انه لا وجه لملاحظه قيمه الغرس قائما بعد ان لم يكن بقاء الشجره فى الأرض و كونها فيها من حقوق الغارس و لذا لم يجب شى ء فيما إذا لم تتعيب الشجره بالقلع بحيث كانت قابله للغرس فى مكان آخر.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٨٨

فينبغى أن يلاحظ أيضا فى مقام التقويم. مع أنه مستلزم للدور (١)، كما اعترف به. ثم انه ان قلنا بالبطلان يمكن تصحيح المعامله بإدخالها تحت عنوان الإجاره أو المصالحه أو نحوهما مع مراعاه شرائطهما (٢)، كأن تكون الأصول مشتركه بينهما

إما بشرائها بالشركه أو بتمليك أحدهما للآخر نصفا منها- مثلا- إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحبه الأرض مع العامل بنصف منفعه أرضه- مثلا- أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها و سقيه الى زمان كذا أو يستأجره للغرس و السقى إلى زمان كذا بنصف منفعه الأرض مثلا.

[(مسأله ۳۷): إذا صدر من شخصين مغارسه و لم يعلم كيفيتها و انها على الوجه الصحيح أو الباطل]

اشاره

(مسأله ۳۷): إذا صدر من شخصين مغارسه و لم يعلم كيفيتها و انها على الوجه الصحيح أو الباطل بناء على البطلان- يحمل فعلهما على الصحه (۳) إذا ماتا أو اختلفا فى الصحه و الفساد.

---

(۱) لأخذه- قده- الأرش و التفاوت فى موضوع وجوب الأرش لاعتباره أرش ما بين الشجره قائمه و الشجره مقلوعه مع الأرش.

(۲) من معلوميه المده و المنفعه إلى غير ذلك مما هو دخيل فى صحه المعامله.

(۳) تمسكا بأصاله الصحه فى العقود و الإيقاعات.

إلا إنك قد عرفت غير مره ان أصاله الصحه هذه لم تثبت بدليل

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۸۹

....

لفظى كى يتمسك بإطلاقه عند الشك، و إنما هى قد ثبتت بالسيره العمليه القطعيه المتصله بعهد المعصومين (ع) من غير خلاف فيها بين الفقهاء و المتشرعه، حيث لا يعتنى أحد باحتمال فساد العقد من جهه احتمال فقده لبعض الشروط أو احتفافه ببعض الموانع.

و على هذا الأساس فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن و هو ما إذا كان عنوان العقد معلوما و محرزا فى الخارج و كان الشك فى وقوعه صحيحا أو فاسدا و أما مع الجهل بأصل العنوان و عدم إحرازه كما لو دار أمر العقد الواقع فى الخارج بين النكاح الصحيح و الوقف الباطل أو البيع الصحيح و المساقاه الباطله فلا مجال للتمسك بأصاله الصحه لإثبات الصحيح منهما بحيث يقال ان الواقع فى

الخارج هو النكاح دون الوقف أو البيع دون المساقاه و من ثم ترتيب آثار ذلك العقد عليه و حيث ان مقامنا من قبيل الثانى باعتبار أن أمر العقد يدور بين عنوانين أحدهما صحيح و الآخر فاسد لأنه إما هى إجاره أو صلح صحيحين أو مغارسه فاسده فلا مجال للتمسک بأصاله الصحه لإثبات العنوان الصحيح من العنوانين و كونه هو الواقع فى الخارج ليترتب عليه آثاره. فإنه لم تثبت سيره عمليه على ذلك فى الخارج بل المحرز بالوجدان خلافه.

و الحمد للّه رب العالمين

[تذنيب]

تذنيب فى الكافى عن أبى عبد اللّه (ع): «من أراد أن يلقح النخل إذا كان لا يجود عملها و لا يتبعل بالنخل فيأخذ حيتانا صغارا يابسه فيدقها بين الدقين ثم يذر فى كل طلعه منها قليلا و يصر الباقى فى صره نظيفه ثم يجعله فى قلب النخل ينفع باذن اللّه تعالى» «۱».

و عن الصدوق فى كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوى عن آبائه (ع): «ان النبى صلى الله عليه و آله قال:

مر أخى عيسى بمدينه فإذا فى ثمارها الدود فسألوا إليه ما بهم، فقال (ع): دواء هذا معكم و ليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرستم الأشجار صببتم التراب، و ليس هكذا يجب، بل ينبغى أن تصبوا الماء فى أصول الشجر ثم تصبوا التراب، كى لا يقع الدود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك» «۲».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۶ من أبواب المزارعه و المساقاه ح ۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۲ من أبواب المزارعه و المساقاه ح، ۱.

و فى خبر عن أحدهما (ع): قال: تقول إذا غرست أو

زرعت: و مثل كلمه طيبه كَشَجَرَهٍ طَيِّبَهٍ أَصْلُهٰا ثٰابِتٌ وَ فَرْعُهٰا فِی السَّمٰاءِ تُؤْتِی أُكُلَهٰا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهٰا» «۱».

و فی خبر آخر «إذا غرست غرسا أو نبتا فأقرأ علی كل عود أو حبه: سبحان الباعث الوارث، فإنه لا یكاد یخطئ إنشاء اللّه» «۲».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۵ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ۵.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۵ من أبواب المزارعه و المساقاه، ح ۴.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۹۳

كتاب الضمان

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۹۵

[كتاب الضمان]

اشاره

كتاب الضمان و هو من الضمن (۱)، لانه موجب لتضمن ذمه الضامن للمال الذی علی المضمون عنه للمضمون له، فالنون فیه اصلیه كما یشهد له سائر تصرفاته من الماضی و المستقبل و غیرهما. و ما قیل (۲) من احتمال كونه من الضم، فیكون النون زائده، واضح الفساد، إذ- مع منافاته لسائر مشتقاته- (۳) لازمه كون المیم مشدده و له اطلاقان: إطلاق بالمعنی

---

(۱) بلا خلاف فیه عندنا، علی ما هو صریح عبارات الأصحاب فی المقام. الا أن التعبیر بكون الضمان مشتقا منه كالتعبیر بكونه مشتقا من الضمان، لا یخلو عن مسامحه واضحه، فإنهما معا مصدران علی حد واحد فیقال ضمن یضمن ضمانا و ضمنا، و لیس أحدهما أصلا و مبدءا للآخر.

(۲) ذهب إلیه أكثر العامه حیث التزموا بأنه عباره عن ضم ذمه إلی ذمه.

(۳) حیث تبقی النون و لا تحذف و لو كانت زائده للزم حذفها كما هو الحال فی المشتقات مما تكون النون فیها زائده كالنزوان و الجریان و الجولان.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۹۶

الأعم الشامل للحواله و الكفاله أیضا، فیكون بمعنی التعهد بالمال أو النفس. و إطلاق بالمعنی الأخص، و هو

التعهد بالمال عينا أو منفعه أو عملا، و هو المقصود من هذا الفصل.

[و يشترط فيه أمور]

اشاره

و يشترط فيه أمور:

[أحدها: الإيجاب]

أحدها: الإيجاب (۱)، و يكفى فيه كل لفظ دال، بل يكفى الفعل الدال (۲)- و لو بضميمه القرائن- على التعهد و الالتزام بما على غيره من المال.

[الثانى: القبول من المضمون له]

الثانى: القبول من المضمون له (۳). و يكفى فيه أيضا كل ما دل على ذلك من قول أو فعل و على هذا فيكون من العقود المفتقره إلى الإيجاب و القبول. كذا ذكروه. و لكن لا يبعد (۴)

---

(۱) لعدم تحقق مفهوم الضمان و صدقه فى الخارج قبل التزام الضامن بذلك و تعهده فى نفسه مع الإبراز فى الخارج.

و بعباره اخرى: انه بدون الإيجاب لا يصدق عنوان الضمان و لا يصح أن يضاف الى الفاعل فيقال انه ضمنه.

(۲) لما عرفته غير مره من أنه لا- يعتبر فى الإنشاء و الإيجاب غير إبراز الاعتبار النفسانى بما يصلح أن يكون مبرزا له سواء فى ذلك اللفظ و غيره ما لم يقم الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالطلاق و نحوه.

(۳) ليصح معه صدق العقد.

(۴) بل هو بعيد جدا، لعدم الدليل على كفايه الرضا الباطنى

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۹۷

....

المجرد عن المبرز له فى الخارج فى انتقال الدين من ذمه شخص إلى ذمه غيره، فان الانتقال يحتاج إلى العقد بين الضامن و المضمون له على حد العقد الواقع على المال الخارجى، حتى يستند ذلك إلى المالك المضمون له، إذ ليس الضامن وليا عنه

کی یقوم به قهرا علیه.

و حیث ان من الواضح عدم صدق العقد علی الرضا الباطنی المجرد فلا تشمله عمومات الوفاء به، و علیه فلا بد فی القول بکفایته فی المقام من الدلیل الخاص، و حیث انه مفقود. فالمتعین هو القول باعتبار المبرز للرضا الباطنی.

و أما دعوی دلاله صحیحه

عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه (ع):

«فى رجل يموت و عليه دين فيضمن ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برأت ذمه الميت» «۱» على كفايه الرضا المجرد.

مدفوعه: بأن كلمه الرضا فى هذه الصحيحه و بفضل الفهم العرفى من قوله: «فيضمنه ضامن للغرماء» مستعمله فى الرضا العقدى المبرز فى الخارج- كما يشهد له إضافته للغرماء- لا طيب النفس المجرد عن الإظهار.

و بعباره أخرى: ان الرضا يستعمل فى معنيين مجرد طيب النفس و طيب النفس المبرز فى الخارج و هو ما يعبر عنه بالرضا العقدى أو المعاملى، فإن كان متعلق الرضا أمرا خارجيا كجواز الدخول فى

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۲ من أبواب كتاب الضمان، ح ۱.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۹۸

دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمه بل يكفى رضى المضمون له سابقا أو لاحقا، كما عن الإيضاح و الأردبيلى، حيث قالا: يكفى فيه الرضا و لا يعتبر القبول العقدى، بل عن القواعد: و فى اشتراط قبوله احتمال (۱)، و يمكن استظهاره من قضيه الميت المديون الذى امتنع النبى (ص) أن يصلى عليه حتى

ملك الغير أو التصرف فى ماله فالظاهر منه و بحسب ملاحظه مناسبه الحكم و الموضوع اراده المعنى الأول بمعنى اعتبار طيب النفس و ان لم يظهره فى الخارج.

و ان كان متعلقه من الأمور العقديه الاعتباريه المتعلقه بأموال النفس و حقوقهم فالظاهر منه اراده المعنى الثانى، إذ لا بد له من إظهاره حتى يستند العقد اليه.

ثم لو فرضنا ان كلمه الرضا ليست ظاهره فيما ذكرناه، يكفينا كونها مجمله من هذه الناحيه، حيث لا بد معه من الحكم بالفساد فى موارد خلو الرضا عن المبرز له فى

الخارج استنادا إلى القاعده، نظرا لعدم الدليل على صحه المعامله، فإن عنوان العقد غير صادق عليه فإنه ليس من ضم الالتزام بالالتزام.

(۱) ظهر الحال فی هذا القول مما تقدم، فان اعتبار القبول أمر متعين و لا يكفى فيه الرضا الباطنى المجرد- كما عرفت- فضلا عن

ضمنه علی (ع) (۱) و على هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر فی العقود من الترتيب و الموالاه و سائر ما يعتبر فی قبولها.

القول بعدم اعتباره بالمره.

و يدل عليه مضافا الی دلاله النص السابق، ان نقل مال الغير من ذمه إلى أخرى تصرف فی سلطانه فلا يجوز من دون إذنه كما هو الحال فی تبديل عين ماله الخارجيه بعين أخرى أو نقلها من مكان إلى مكان آخر.

(۱) ذكرها الشيخ- قده- فی الخلاف تاره عن أمير المؤمنين (عليه السلام) و اخرى عن أبی قتاده «۱» الا انه أورد على الاستدلال بالروايتين بضعف السند.

لكن الظاهر انه فی غير محله فان سند هاتين الروايتين و إن كان ضعيفا الا أن أصل القضيه مما ثبت تحققه فی الخارج و ذلك لما رواه معاويه بن وهب فی الصحيح عن أبی عبد اللّه (ع) من غير ذكر فيها لأمير المؤمنين (ع) و أبی قتاده «۲».

إذن: فالصحيح فی الجواب أن يقال: ان هذه الروايات انما تتضمن قضيه شخصيه فی واقعه، فلا يمكن جعلها دليلا على عدم اعتبار القبول فی الضمان، و لعل الدائن فی تلك القضيه كان حاضرا

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۳ من أبواب كتاب الضمان، ح ۲ و ۳.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۲ من أبواب كتاب الضمان، ح ۲.

و اما رضی

المضمون عنه فليس معتبرا فيه (١)، إذ يصح الضمان التبرعی، فيكون بمنزله وفاء دين الغير تبرعا حيث لا يعتبر رضاه. و هذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان

و رضی بذلک.

علی ان الضمان المذكور فيها أجنبی عن الضمان المبحوث عنه فی المقام، فان الكلام إنما هو فی الضمان بمعنی نقل ما فی ذمه شخص إلی ذمه غيره علی نحو تبرأ ذمه الأول، و هذا المعنی غير ثابت فی هذه النصوص إذ لم يرد فی شی ء منها براءه ذمه الميت، فيكشف ذلک عن ان الضمان هنا إنما هو بمعنی التعهد بالأداء ليطمئن الرسول (ص) بعدم بقاء ذمه الميت مشغوله و عدم ذهاب حق الدائن هدرا و استعماله فی هذا المعنی كثير و متعارف فالصديق يضمن لصديقه القيام بما يشغل باله و يمنعه من السفر أو القيام بأمر أهم، و ليس ذلک إلا بمعنی تعهده المجرد به.

(١) فإنه أجنبی عن المال بالمره و لا سلطنه له عليه، و من هنا فكما يجوز للمالک أن يبيع ماله هذا الی غيره من غير إذنه، يجوز له ان ينقله إلی ذمه أخری بغير رضاه أيضا.

و بعباره أخری: ان ذمه المضمون عنه ليست إلا ظرفا و وعاء للمال هذا و إلا فلا سلطنه له عليه مطلقا و إنما أمره بيد مالكه فله نقله إلی أی ذمه شاء.

مبانی العروه الوثقی، ج ٢، ص: ١٠١

عنه ضررا عليه أو حرجا (١) من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافيا لشأنه، كما إذا تبرع وضيع دينا عن شريف غنی قادر علی وفاء دينه فعلا.

[الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا]

الثالث: كون الضامن بالغا عاقلا، فلا يصح ضمان الصبی (٢)

---

(١) و ربما يعلل ذلک- كما فی بعض الكلمات- بنفی الضرر

فى الشريعه المقدسه فإنه مانع عن الحكم بصحه الضمان فى المقام.

و فيه ما لا يخفى: إذ لا مهانه و لا ضرر على الشريف فى الحكم بسقوط ما فى ذمته بوفاء الوضيع لدينه أو ضمانه له، و انما هما فى تصدى الوضيع لذلك و مباشرته، و من هنا فيكون فعله من مصاديق الإضرار بالشريف و إلقاءه فى المهانه فيكون محرما تكليفا، الا أن من الواضح ان الأحكام التكليفيه لا تلازم الأحكام الوضعيه فثبوت الحرمه فى المقام لا يعنى عدم نفوذ الضمان أو الإبراء.

و الحاصل: ان الحكم فى المقام تكليفى محض، باعتبار ان فعل الوضيع من صغريات عنوان الإضرار بالغير و هو محكوم بالحرمه، و حيث انه غير ملازم للفساد فلا وجه لاستثناء هذه الصوره من الحكم بعدم اعتبار رضى المضمون عنه فى نفوذ الضمان.

(۲) كما هو الحال فى سائر المعاملات، فإنه لا يجوز امره حتى يحتلم- على ما جاء فى النصوص- فلا يكون فعله موضوعا لحكم من

و إن كان مراهقا (۱) بل و ان اذن الولى على اشكال (۲) و لا ضمان المجنون (۳) إلا إذا كان أدواريا فى دور إفاقته (۴) و كذا يعتبر كون المضمون له بالغا عاقلا (۵). و أما

الأحكام الشرعيه،

(۱) لإطلاق الأدله.

(۲) و الأقوى الجواز، فإنه إذا صح ذلك للولى بالمباشره فيما إذا اقتضت مصلحه الطفل له. صح له ذلك بالتسبيب أيضا.

و بعباره أخرى: انه ليس حال الصبى كالمجنون من حيث سلب عبارته، فإن عباره الصبى غير مسلوبه و لذا يجوز له القيام بالبيع أو النكاح أو غيرهما من العقود و الإيقاعات بالوكاله عن الغير، بل غايه ما هناك انه لا يجوز أمره بمعنى عدم

نفوذ عقده بالإضافه إليه بحيث يستقل به و يكون الأمر أمره، و هذا لا ينافى نفوذه بالإضافه إلى الولى بحيث يكون كأنه هو الذى قام بالعقد و ان كان المباشر له هو الصبى.

(۳) لرفع القلم عنه و قصور عبارته، فلا يترتب عليها أثر شرعى.

(۴) لكونه حينئذ عاقلا كسائر العقلاء، فلا موجب للمنع عن نفوذ أمره.

(۵) لما تقدم فى الضامن حرفيا.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۰۳

المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك (۱)، فيصح كونه صغيرا مجنونا، نعم لا ينفع إذنهما فى جواز الرجوع بالعوض (۲).

[الرابع: كونه مختارا]

الرابع: كونه مختارا (۳) فلا يصح ضمان المكره (۴).

[الخامس: عدم كونه محجورا لسفه إلا بإذن الولى]

الخامس: عدم كونه محجورا لسفه (۵) إلا بإذن الولى

---

(۱) لما عرفت من كونه أجنبيا عنه، فلا يعتبر وجوده فى الخارج- كما دلت عليه صحيحه ابن سنان المتقدمه الوارده فى الضمان عن الميت- فضلا عن رضاه.

(۲) لأن الأمر إنما يوجب الضمان على الآمر فيما إذا كان صادرا ممن له أهليه ذلك الفعل، فإذا لم يكن متصفا بذلك لم يكن أمره موجبا للضمان.

و بعباره أخرى: انه لما كان أمر الصبى و المجنون بمنزله العدم كان الضمان عنهما ضمانا تبرعيا حتى فى فرض أمرهما به، و معه فلا يثبت للضامن جواز الرجوع بالمال عليهما.

(۳) فإنه لا عبره بفعل المكره. فإنه بمنزله العدم و كأنه لم يكن و يدل عليه مضافا الى حديث الرفع، النصوص الوارده فى الموارد الخاصه كالطلاق و نحوه.

(۴) و كذلك الحال فى المضمون له، لما تقدم فى الضامن حرفا بحرف.

(۵) لكونه محجورا عليه فلا يصح ضمانه من غير إذن الولى

و كذا المضمون له (۱) و لا بأس بكون الضامن مفلسا (۲) فان ضـمانه نظير اقتراضه، فلا يشارك المضـمون له مع الغرماء. و اما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلسا (۳) و لا بأس بكون المضمون عنه (۴) سفيها أو مفلسا، لكن لا ينفع إذنه فی جواز الرجوع عليه (۵).

---

(۱) لكون قبوله بانتقال ماله من ذمه إلی أخری تصرف و هو ممنوع منه بمقتضی أدله الحجر.

(۲) فان الحجر انما يختص بأمواله دون ذمته، فلا بأس بتصرفاته العائده إليها، غايه الأمر ان المضمون له لا يشترک مع الغرماء فی الضرب فی أمواله الموجوده بالفعل فإنها تختص بما عداه من الغرماء لتعلق

حقهم بها قبل الضمان، فيكون حال ضمانه هذا حال القرض الجديد.

(۳) لكونه ممنوعا من التصرف فى أمواله بنقل أو إبراء أو غيرهما من الأسباب، و حيث ان دينه هذا من جمله أمواله فلا يجوز له التصرف فيه بنقله من ذمه إلى أخرى.

(۴) لما عرفته من كونه أجنبيا عن العقد بالمره، فإن المال للغير و أمره بيده فله ان يتصرف فيه كيفما يشاء، و ذمه المضمون عنه ليست الا وعاء لهذا المال فلا سلطنه له عليه.

(۵) ظاهر العباره انه ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۰۵

....

السفيه أو المفلس، و هو مما لا يمكن المساعده عليه بإطلاقه فإنه انما يتم بالنسبه إلى السفيه، و أما المفلس فلا وجه للقول بعدم جواز الرجوع عليه بعد ان كان الضمان بأمره و طلبه.

و ذلك لانه و بضمانه هذا يملك ما كان للدائن الأول- المضمون له- فى المال الموجود بالفعل و المحكوم عليه بالحجر، لانه يقابل الدين فينتقل إلى ملك من ملك الدين و انتقل اليه، و بعباره اخرى: ان أمر المضمون عنه بالضمان لا يعد تصرفا فى ماله و تعلق به حق الغرماء، لانه لا يوجب إلا المبادله بين تمام دين المضمون عنه و نصيبه من المال الموجود، فان الدين ينتقل إلى ذمه الضامن و بإزاء ذلك يكون له نصيب الدائن الأول من المال المحجور عليه، لكونه عوضا عنه.

نعم بالنسبه إلى المقدار الزائد عن نصيب المضمون له فى المال الموجود لا مجال لمشاركه الضامن للغرماء فى نصيبهم فإنه مختص بهم قبل الضمان، فيكون حاله فى ذلك حال الدين الجديد حيث قد عرفت انه يثبت فى الذمه.

و الحاصل: ان الضمير فى قول الماتن (قده) «لكن

لا ينفع إذنه فى جواز الرجوع عليه».

إذا كان راجعا إلى السفيه و المفلس معا، فهو مما لا يمكن المساعده عليه لعدم ثبوت ذلك بالنسبه إلى الثانى. و ان كان راجعا إلى خصوص

[السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه]

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكا غير مأذون من قبل مولاه على المشهور، لقوله تعالى «لٰا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْءٍ» (۱). و لكن لا يبعد صحه ضمانه و كونه فى ذمته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكره و المختلف، و نفى

السفيه- كما يحتمل ارادته واقعا و ان كان بعيدا عن ظاهر العباره جدا- فالأمر كما أفاده (قده).

نعم لو كان المراد من العباره نفى جواز الرجوع على المفلس فيما إذا ضمنه بامره فى غير الدين نذى حجر عليه لأجله، بمعنى ان يكون الضمان لدين جديد متأخر عن الحجر، فهو صحيح و لا ريب فيه، الا انه لا بد من تقييد إطلاقه بأمواله التى وقع الحجر عليها و الا فالمال ثابت فى ذمته و للضامن الرجوع عليه به فى غير تلك الأموال.

و كيف كان: ففى خصوص تقدير أمر المفلس غيره بضمان دين خارج عما اقتضى الحجر، يصح القول بعدم ثبوت حق الرجوع للضامن عليه فى الجمله.

(۱) بدعوى أن إطلاقها و خصوصا بملاحظه استشهاد الامام على (عليه السلام) بها فى صحيحه زراره على نفى قدرته على الطلاق «۱» شامل لجميع العقود و الإيقاعات الصادره منه.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۵ باب ۴۵ من أبواب مقدمات الطلاق ح ۱.

القدره منصرف عما لا ينافى حق المولى (۱). و دعوى.

ان المملوك لا ذمه له، كما ترى، و لذا لا إشكال فى ضمانه لمتلفاته هذا، و أما إذا أذن

له مولاه فلا إشكال فى صحه

---

(۱) مراده (قده) من هذه الدعوى، أن تصرفات العبد تكون على نحوين، فإنها قد تكون فى نفسه بما هو عبد و متصف بالمملوكيه للغير، و قد تكون فى نفسه لا بما هو كذلك بل بما هو انسان من الناس.

فالنحو الأول من التصرفات محكوم بالبطلان و عدم النفوذ لكونه تصرفا فى سلطان المولى، فتشمله الآيه الكريمه، فإنها لا تختص بتصرفه فى الأموال- كما توهمه بعضهم- بل نعم حتى تصرفاته فى نفسه بوصف كونه عبدا مملوكا للغير.

و من هذا القبيل الطلاق، فإنه إنما يصدر منه بعنوان كونه مملوكا للمولى و عبدا له، فلا يصح حتى و لو كان التصرف عائدا إلى نفسه.

و اما النحو الثانى، فحيث انه لا يعد تصرفا فى سلطان المولى، لأنه إنما يقوم به بما هو انسان فلا وجه للحكم بعدم نفوذه.

و من هذا القبيل الضمان، فان العبد انما يقوم به بما هو انسان له ذمه و أجنبى عن المولى بالمره، حيث يثبت المال فى ذمته يتبع به بعد العتق، و معه فلا تشمله الآيه الكريمه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۰۸

ضمانه (۱). و حينئذ فإن عين كونه فى ذمته نفسه، أو فى ذمه المملوك يتبع به بعد عتقه أو فى كسبه، فهو المتبع (۲) و ان أطلق الإذن ففى كونه فى ذمه المولى، أو فى كسب المملوك، أو فى ذمته يتبع به بعد عتقه، أو كونه متعلقا برقبته، وجوه و أقوال أوجهها الأول، لانفهامه عرفا (۳) كما فى اذنه فى الاستدانه لنفقته أو لأمر آخر، و كما فى إذنه فى التزويج حيث أن المهر و النفقه على مولاه و دعوى:

الفرق بين الضمان و الاستدانه، بأن الاستدانه موجبه لملكيته

و حيث أنه لا قابليه له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان حيث انه لا ملكيه فيه. مدفوعه: بمنع

---

(١) بلا إشكال فيه و لا خلاف، إذ العبد ليس كالمجنون قاصر العباره، بل حاله فى ذلك حال العقلاء من الأحرار، غايه الأمر ان تصرفه غير نافذ لاحتفانه بمانع عبوديته و مملوكيته للغير، فيصح مع إذن المولى له فى ذلك.

(٢) اما الأول فواضح، و اما الأخيران فلرجوع التعيين الى تقييد إذنه له فى الضمان بذلك.

(٣) و ليس المراد به أن الأذن بمنزله التوكيل فيكون الضامن فى الحقيقه هو الآمر و اما العبد فلا يقوم الا بدور الإنشاء، حتى يشكل عليه بما فى الجواهر من كونه خلفا و خروجا عن محل الكلام، إذ

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٠٩

....

الكلام انما هو فى ضمان العبد باذن المولى بتوكيل العبد فيه، فان فيه لا ينبغى الإشكال فى ثبوته فى الذمه كما هو الحال فى جميع موارد الوكاله فإن العوض و البدل انما يثبت على الموكل دون الوكيل.

و انما المراد به- كما هو ظاهر العباره- ضمان العبد باذن مولاه بحيث يكون العبد هو الضامن بالأصاله، و مع ذلك يقال بثبوت المال فى ذمه المولى.

و كيف كان: فالأمر كما ذكره (قده) و ذلك لان العبد قد يضمن لشخصه بما هو شخص و انسان و مع قطع النظر عن كونه عبدا مملوكا للغير، و قد يضمن الغير بوصف كونه مملوكا للغير و عبدا له.

ففى الأول- بناء على صحته كما اخترناها- لا مجال للقول بثبوته فى ذمه المولى، بل المتعين هو القول بثبوته فى ذمه العبد يتبع به بعد العتق و الحريه، إذ قبله يكون هو و ما فى يده مملوكا

للغير فلا يصح مطالبته بشى ء ما دام هو كذلك.

و فى الثانى يتعين القول بكونه فى ذمه المولى و انه هو المطالب به و كأنه هو الضامن له- ما لم تكن هناك قرينه على الخلاف- الا ـ ان ضمانه هذا انما يكون فى طول ضمان العبد نفسه لا فى عرضه فان العبد يملك و من هنا فهو المطالب أولا بما ضمنه، لكن ضمانه هذا لما كان بوصف كونه عبدا للغير و كان المولى يملك العبد و ما يملكه كان هو المطالب به فى طول مطالبه العبد به. نظير استدانه العبد

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۱۰

عدم قابليته للملكيه (۱). و على فرضه أيضا لا يكون فارقا بعد الانفهام العرفى (۲).

[السابع: التنجيز]

السابع: التنجيز (۳)، فلو علق الضمان على شرط كأن

لنفسه باذن المولى، بأنه يكون فى ذمه المولى و يكون هو المطالب به فى طول مطالبه العبد به.

و الحاصل: ان العبد لما كان مدينا بوصف كونه مملوكا للغير كان المولى هو المطالب بدينه لانه يملكه و يملك ما فى يده.

إذن فالصحيح فى المقام هو القول بضمان المولى لما ضمنه عبده باذنه بوصف كونه عبدا و مملوكا له، ما لم يقيد المولى إذنه بكونه فى ذمته يتبع به بعد العتق على ما يقتضيه الفهم العرفى.

(۱) حيث قد عرفت ان الصحيح انه يملك و ان مالكيه المولى لتلك الأموال انما هى فى طول ملكيته- العبد- لها أولا.

(۲) لما عرفته من أن مقتضاه ضمان المولى لما ضمنه عبده باذنه بوصف عبوديته له.

(۳) التنجيز فى الاصطلاح يقابل أمرين على سبيل منع الخلو، فتاره يستعمل بمعنى الفعليه فى قبال التعليق و تأخر زمان المنشأ عن زمان الإنشاء بحيث يكون الإنشاء فعليا فى حين

لاـ يحصـل المنشأ الا عنـد تحقق المعلق عليه فى ظرفه و ان كان امرا معلوم الحصول عندئـذ كالتعليق على طلوع الشـمس فى يوم غد، بحيث لا يكون ضامنا بالفعل

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۱۱

يقـول أنـا ضـامن لمـا على فلاـن إن أذن لى أبى، أو ضـامن ان لم يف المـديون الى زمـان كـذا، أو ان لم يف أصـلا بطـل على المشـهور، لكن لاـ دليـل عليه بعـد صـدق الضـمان و شـمول العمومـات العامه إلا دعوى الإجماع فى كلى العقود على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير

و انمـا ينتقـل المال من ذمه المـدين الى ذمته عنـد تحقق المعلق عليه و بـذلك يكون هـذا العقـد فى الحقيقه من إنشاء الضـمان المتأخر على نحو الشرط المقارن.

و اخرى: يستعمل فيما يقابل تعليق العقد الفعلى على أمر آخر معلوم الحصول أو مجهوله.

و قد يجتمع الأمران معا فيكون المنشأ متأخرا عن الإنشاء زمانا كما يكون المعلق عليه أمرا مشكوك الحصول.

و كيف كان: فالـذى لا ينبغى الإشـكال فيه هو عدم البطلان فى فرض تعليق العقد الفعلى على أمر معلوم الحصول و التحقق لدى الطرفين بالفعل، لأنه فى الحقيقه ليس من التعليق، فإنه منجز و انما الإنشاء صيغ بصوره تشبه التعليق.

و أما القسمان الآخران- تعليق المنشأ على أمر متأخر و تعليق العقد الفعلى على أمر مجهول- فسيظهر حالهما مما سيأتى.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۱۲

أو دعوى منافاه التعليق للإنشاء (۱) و فى الثانى ما لا يخفى (۲)

---

(۱) فـإنه عنـدهم بمعنى الإيجـاد و هو متحـد مع الوجود حقيقه و ان اختلفـا اعتبـارا، و من هنا فلا يمكن فرض الإيجاد بالفعل مع فرض عدم الوجود كذلك بان يكون معلقا على

أمر سيتحقق فى المستقبل.

(۲) فإن الإنشاء- و على ما حققناه مفصلا فى المباحث الأصوليه- ليس من الإيجاد فى شى ء و ان ذهب اليه غير واحد من الأصحاب و على تقدير تسليمه فليس التعليق هنا فى الإيجاد و نفس الإنشاء و انما هو فى الأمر الاعتبارى- اعنى المعتبر- فإنه قد يفرض مطلقا و قد يفرض مقيدا.

فان الاعتبار و الإنشاء كما يتعلقان بالأمر المطلق يتعلقان بالأمر المقيد فقد ينشأ الإنسان الملكيه المطلقه و قد ينشأ الملكيه المقيده، فهما من هذه الناحيه أشبه شى ء بالواجب المطلق و الواجب المشروط، و لا يلزم من ذلك اى انفكاك بين الإنشاء و المنشأ و الاعتبار و المعتبر فإن الملكيه المقيده موجوده بالفعل بالاعتبار كما هو الحال فى الوصيه و التدبير.

بل يمكن القول بذلك فى الوجود الحقيقى أيضا، إذ يصح تعلق اللحاظ و التصور بالأمر الاستقبالى كقيام زيد فى يوم غد و نحوه، فان قيامه كذلك موجود بالفعل بالوجود الذهنى، و الحال ان الوجود الذهنى نوع من الوجود الحقيقى.

و الحاصل: ان التعليق فى المقام ليس فى نفس الإنشاء و الاعتبار

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۱۳

و فى الأول منع تحققه فى المقام (۱) و ربما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، و لكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقا. و فيه: ان تعليق الوفاء عين تعليق الضمان و لا يعقل التفكيک (۲). نعم فى المثال الثانى يمكن

و انما هو فى المنشأ و المعتبر، و لا مانع منه فان كلا منهما موجود بالفعل و ليس المفقود الا فعليه الملكيه.

(۱) فى قبال المقام الأول أعنى تعليق العقد على الأمر المتأخر و ان علم حصوله، فإنه لا يبعد القول بتحققه فيه.

بل و

لو لم يتم ذلك فالحكم بالصحه فيه مشكل أيضا نظرا لعدم شمول العمومات له لما عرفته من ظهورها فى اعتبار كون الوفاء من حين العقد و عدم انفكاك المعتبر عن حين الاعتبار، و لا يبعد دعوى كون بناء العقلاء على ذلك أيضا- فى غير الوصيه و التدبير- حيث لم يعهد صدور مثله منهم بان يجرى عقد النكاح مع المرأه الآن على أن تكون هى زوجه له من غد و هكذا.

و أما فى المقام- اعنى التعليق على أمر فعلى مشكوك الحصول ككونه هاشميا و نحوه- فلم يتم إجماع على إيجابه لفساد العقد و لا سيما فى الضمان حيث لا يتضمن اى نوع من التمليك و التملك.

(۲) لان الوفاء إذا كان مقيدا بشى ء كان مرجعه إلى عدم الضمان عند عدم ذلك التقدير، إذ لا معنى لعدم الوفاء إلا عدم الضمان،

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۱۴

أن يقال: بإمكان تحقق الضمان منجزا مع كون الوفاء معلقا على عدم وفاء المضمون له (۱)، لأنه يصدق أنه ضمن الدين على نحو الضمان فى الأعيان المضمونه، إذ حقيقته قضيه تعليقيه، الا ان يقال: بالفرق بين الضمان العقدى و الضمان اليدى.

و إلا فلا معنى لكون الضمان مطلقا مع تعليق الوفاء على أمر غير متحقق.

نعم لا بأس بالتعليق على أمر معدوم التحقق بعد ذلك، فإنه خارج عن محل الكلام لا يتم فى خصوص المثال الثانى أعنى تعليق الضمان على عدم وفاء المدين، فإنه لا بد من القول فيه بالبطلان حتى بناء على القول بصحه التعليق فى الضمان، و ذلك لان مرجع التعليق على عدم الوفاء بقاء الدين فى ذمه المدين إلى حين الأداء و هو ينافى مذهبنا فى الضمان و كونه نقل ذمه

إلى أخرى و انما ينسجم مع مذهب العامه من كونه ضم ذمه إلى أخرى.

(١) و لعل مراده- قده- من كلامه هذا يرجع الى إراده معنى آخر غير المعنى المصطلح من الضمان- اعنى نقل ما فى ذمه إلى أخرى.

و قد يكون هذا المعنى هو التعهد بالمال و كون مسئوليته عليه من دون انتقاله- بالفعل- إلى ذمته، كما هو الحال فى موارد ضمان العاريه مع الشرط أو كون العين المستعاره ذهبا أو فضه، فإن ضمانها

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٥

[الثامن: كون الدين الذى يضمنه ثابتا فى ذمه المضمون عنه]

الثامن: كون الدين الذى يضمنه ثابتا فى ذمه المضمون عنه، سواء كان مستقرا كالقرض و العوضين فى البيع الذى لا خيار فيه، أو متزلزلا كأحد العوضين فى البيع الخيارى كما إذا

ليس بالمعنى المصطلح جزما، إذ لا ينتقل شى ء بالعاريه إلى ذمه المستعير، فان العين لا تقبل الانتقال إلى الذمه و هو غير مشغول الذمه ببدلها قبل تلفها، فليس ضمانها الا بمعنى كون مسئوليتها فى عهدته بحيث يكون هو المتعهد بردها و لو مثلا أو قيمه عند تلفها.

و نتيجه ذلك إلزام المستعير بردها عينا أو مثلا أو قيمه.

و بهذا المعنى يستعمل الضمان فى موارد كثيره كقولهم: على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و ان الغاصب ضامن، فإنه لا يراد به إلا التعهد و كونه هو المسؤول عن المال، و إلا فهو غير مشغول الذمه ببدله فعلا.

و كيف كان، فإذا صح مثل هذا الضمان فى الأعيان الخارجيه كموارد اليد و العاريه، فليكن ثابتا فى الأمور الثابته فى الذمه أيضا، فإنه لا يبعد دعوى كونه متعارفا كثيرا فى الخارج، فإن أصحاب الجاه و الشأن يضمون المجاهيل من الناس من دون أن يقصد بذلك انتقال المال بالفعل إلى ذممهم،

و إنما يراد به تعهدهم به عند تخلف المضمون عنه عن أداءه.

و الحاصل: ان الضمان فى المقام غير مستعمل فى معناه المصطلح،

ضمن الثمن الكلى للبائع أو المبيع الكلى للمشترى أو المبيع الشخصى قبل القبض (۱)، و كالمهر قبل الدخول و نحو ذلك، فلو قال أقرض فلانا كذا و أنا ضامن، أو بعه

و عليه فلا مجال للإيراد عليه بأنه يتضمن التعليق الباطل أو انه من ضم ذمه إلى أخرى لا من نقل ما فى ذمه إلى ذمه أخرى.

و انما هو مستعمل فى التعهد و المسئوليه عن المال، و هو أمر متعارف عند العقلاء، فتشمله العمومات و الإطلاقات، فإنه عقد يجب الوفاء به.

(۱) الظاهر ان ذكره من سهو قلمه الشريف. فإنه لا محل له فى مورد الكلام عن اعتبار الثبوت فى الدين المضمون، لأنه أجنبى عنه بالمره.

و كيف كان: فان كان المراد من ضمانه هو الضمان بالمعنى المصطلح- و ان كان احتماله بعيدا جدا- بمعنى جعل الشى ء فى عهدته عند تلفه و انتقاله من ذمه البائع إلى ذمه الضامن، فهو باطل جزما نظرا الى ان التلف قبل القبض يوجب انفساخ العقد و رجوع المال إلى ملك مالكه البائع آنا ما كى يكون خسرانه عليه، و معه فلا يبقى موضوع للضمان.

و ان كان المراد به تعهد الضامن بتسليم العين عند احتمال امتناع البائع عنه، لا تعهد تداركه عند تلفه، فيجب عليه تسليم العين عند الإمكان، و الا فيلزم ببدلها فهو صحيح و لا بأس به، حيث قد

نسيئه و أنا ضامن، لم يصح على المشهور (۱). بل عن التذكره الإجماع. قال: «لو قال لغيره مهما أعطيت

فلانا فهو على لم يصح إجماعا». و لكن ما ذكروه من الشرط ينافى جمله من الفروع الآتيه. و يمكن أن يقال (٢) بالصحه

عرفت فى المسأله السابقه ان مثل هذا الضمان من المرتكزات العرفيه و واقع كثيرا فى الأعيان الشخصيه الخارجيه و الديون.

و الحاصل: ان أصل الحكم فى المقام صحيح و فى محله، الا ان ذكره فى المقام من سهو القلم لان الكلام فى اعتبار الثبوت فى الدين عند ضمانه.

(١) على اشكال ستعرفه.

(٢) الا انه لا يتم بناء على مذهبنا فى الضمان و انه نقل ذمه إلى أخرى، فإنه إذا لم تكن الذمه الأولى مشغوله بشى ء لم يكن لنقله إلى ذمه أخرى معنى محصل، و معه كيف يمكن التمسك بالإطلاقات لإثبات صحته.

نعم لا يبعد تفرع هذا الشرط- اعنى ثبوت الدين فى الذمه بالفعل- على الشرط السابق- اعنى التنجيز-، فإنه لو لم نقل باعتبار التنجيز- كما احتملناه- أمكن التمسك بالإطلاقات و الحكم بصحه الضمان فى المقام و بمعناه المصطلح على نحو الضمان المتأخر بأن يكون الإنشاء فعليا و الانتقال بعد الدين و الإعطاء، فالضامن فى الحقيقه انما ينشأ الانتقال

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٨

إذا حصل المقتضى للثبوت و ان لم يثبت فعلا، بل مطلقا لصدق الضمان و شمول العمومات العامه، و ان لم يكن من الضمان المصطلح عندهم (١)، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضا.

[التاسع: أن لا تكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه]

التاسع: أن لا تكون ذمه الضامن مشغوله للمضمون عنه بمثل الدين الذى عليه، على ما يظهر من كلماتهم فى بيان الضمان بالمعنى الأعم، حيث قالوا: إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثانى الكفاله و الأول ان كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحواله، و ان لم يكن فضمان

بالمعنى الأخص. و لكن لا دليل على هذا الشرط (٢)،

الى ذمته بعد الدين من الآن.

و الحاصل: انه ان تم إجماع على اعتبار التنجيز فى الضمان، فلا محيص عن الحكم بالبطلان فى المقام، و الا فلا بأس بالتمسك بالإطلاقات و إثبات صحه الضمان بمعناه المصطلح. و حيث ان الماتن (قده) ممن يعتبر التنجيز فلا وجه لتمسكه بالإطلاقات فى المقام.

(١) بان يكون بمعنى التعهد بالدين المتأخر على حد التعهد بالأعيان الخارجيه.

(٢) فإن الحواله و الضمان يختلفان فى الطرفين المقومين لهما، حيث أن الأول يتقوم بالمحيل و المحال فتبرأ ذمه الأول بمجرد الحواله على

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١١٩

فإذا ضمن للمضمون عنه بمثل ماله عليه يكون ضمانا فان كان بأذنه يتهاتران بعد أداء مال الضمان (١)، و الا فيبقى الذى للمضمون عنه عليه، و تفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعا، و ليس من الحواله، لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه على الضامن حتى تكون حواله، و مع الإغماض عن ذلك غايه ما يكون أنه يكون داخلا فى كلا العنوانين، فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافا الى ما يكون مشتركا.

مشغول ذمه له من غير دخل لرضا المحال عليه فى ذلك، فى حين أن الضمان يتقوم برضى الضامن و المضمون عنه هو الأجنبى عن العقد حيث تفرغ ذمته عن الدين بالضمان سواء أرضى به أم لم يرض.

و الحاصل: ان مع اختلاف طرفى العقد المقومين له فى الموردين- الضمان و الحواله- لا مجال للقول باتحادهما و دخول أحد العنوانين فى الآخر خصوصا إذا كان الضمان تبرعيا و لم يكن عن رضى المضمون عنه.

إذن: فمجرد اشتغال ذمه الضامن للمضمون عنه بمثل الدين الذى ضمنه لا يعنى

دخول العقد فى عنوان الحواله.

(۱) هذا إذا كان الدينان- ما فى ذمته للمضمون عنه و ما كان للمضمون له على المضمون عنه- حالين معا أو مؤجلين مع وحده الأجل فيهما و إلا فلا مجال للتهاتر لعدم تساوى الدينين و من هنا فلو كان

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۲۰

[العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان]

العاشر: امتياز الدين و المضمون له و المضمون عنه عند الضامن على وجه يصح معه القصد الى الضمان.

و يكفى التميز الواقعى و ان لم يعلمه الضامن (۱). فالمضر هو الإبهام و الترديد، فلا يصح ضمان أحد الدينين، و لو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين، و لا ضمان دين أحد الشخصين و لو لواحد، و لا ضمان دين لأحد الشخصين و لو على واحد و لو قال: ضمنت الدين الذى على فلان، و لم يعلم انه لزيد أو لعمرو، أو الدين الذى لفلان، و لم يعلم أنه على

ما عليه للمضمون عنه مؤجلا- و قد ضمن ما على المضمون عنه حالا بأمره كان له الرجوع عليه بما ضمنه بالفعل و تبقى ذمته مشغوله بالدين إلى الأجل المعين.

(۱) و هو انما يتم فيما إذا لم يستلزم فقدان شرط آخر.

و منه يظهر الإشكال فى بعض الصور الآتيه، مما حكم فيها الماتن- قده- بالصحه نظير الجهل بالمضمون له و انه زيد أو عمرو، أو ضمان ما للناس عليه، فإنه انما يصح مع انحصار المضمون له فى اشخاص و قبولهم للضمان و إن لم يميز المضمون له بشخصه و إلا فالحكم بالصحه مشكل جدا نظرا لاعتبار رضى المضمون له بالعقد جزما فإنه طرف من طرفى العقد فى الضمان فلا يصح من دون رضاه.

مبانى العروه

زید أو علی عمرو صح (۱) لأنه متعین واقعا. و کذا لو قال:

ضمنت لک علی الناس، أو قال: ضـمنت عنک کلما کان علیک لکل من کان من الناس. و من الغریب ما عن بعضهم من اعتبار العلم بالمضـمون عنه و المضـمون له بالوصف و النسب، أو العلم باسـمهما و نسبهما: مع أنه لا دلیل علیه أصلا، و لم یعتبر ذلک فی البیع الذی هو أضیق دائره من سائر العقود.

[مسائل]

[(مسأله ۱): لا یشترط فی صحه الضمان العلم بمقدار الدین، و لا بجنسه]

(مسأله ۱): لا یشترط فی صحه الضمان العلم بمقدار الدین، و لا بجنسه، و یمکن ان یستدل علیه مضافا الی العمومات العامه (۲)، و قوله (ص): «الزعیم غارم» (۳)

إذن فما ذکره- قده- من کفایه التعین الواقعی إنما یتم مع إحراز سائر الشروط المعتبره فی الضمان.

(۱) علی اشکال تقدم بیانه.

(۲) بـل عمومـات أدله الضـمان، حیث لم یعتبر فی شـی ء منهـا کون الـدین معلومـا، و من هنا فمقتضاها الصـحه حتی مع الجهل بالدین.

و هذا الدلیل هو العمده فی الحکم و الا فسائر الأدله لا تخلو عن المناقشه، کما ستعرفها.

(۳) الروایه نبویه لم تثبت عن طرقنـا، بل فی معتبره الحسن بن خالـد تکـذیب ذلک، فقـد ورد فی روایته عن أبی الحسن (ع) أنه قال

بضـمان علی بن الحسین (ع) لدین عبد اللّه بن الحسن، و ضمانه لدین محمد بن أسامه (۱)، لکن الصحه مخصوصه بما إذا کان له واقع معین، و أما إذا لم یکن کذلک

له: (جعلت فداک قول الناس الضامن غارم، قال: فقال:

ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال) «۱».

و من هنا: فلا مجال للاعتماد عليها و الاستدلال بها.

(۱) اما الأول فقد رواه الصدوق فى التهذيب

مرسلا حيث قال (قدس سره): (روى أنه احتضر عبد اللّه بن الحسن فاجتمع إليه غرمائه فطالبوه بدين لهم فقال لهم: ما عندى ما أعطيكم، و لكن أرضوا بمن شئتم من أخى و بنى عمى على بن الحسين أو عبد اللّه بن جعفر.

فقال الغرماء: أما عبد اللّه بن جعفر فملئ مطول، و أما على ابن الحسين فرجل لا مال له صدوق و هو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال (ع): أضمن لكم المال إلى غله، و لم يكن له غله، فقال القوم: قد رضينا فضمنه، فلما أتت الغله أتاح اللّه له المال فأداه) «۲».

و أما الثانى: فقد رواه فضيل و عبيد عن أبى عبد اللّه (ع) قال:

(لما حضر محمد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم فقال لهم:

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱ من أبواب أحكام الضمان، ح ۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۵۵ من أبواب أحكام الضمان، ح ۱.

- كقولك- ضمنت شيئا من دينك- فلا يصح (۱) و لعله مراد من قال: إن الصحه انما هى فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، فلا يرد عليه ما يقال: من عدم الإشكال فى الصحه مع فرض تعينه واقعا، و إن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم. هذا و خالف بعضهم فاشترط العلم

قد عرفتم قرابتى و منزلتى منكم، و علىّ دين، فأحب أن تقضوه عنى، فقال على بن الحسين (ع): ثلث دينك علىّ ثم سكت و سكتوا، فقال على بن الحسين (ع): علىّ دينك كله، ثم قال على بن الحسين (ع): اما انه لم يمنعنى أن أضمنه أو لا، إلا كراهه أن يقولوا سبقنا «۱».

الا أن الإرسال فى

الروايه الأولى، و وقوع عبيـد اللّه الـدهقان المردد بين عبيد اللّه بن احمد الدهقان المجهول و عبيد اللّه بن عبد اللّه الدهقان الذى ضعفه النجاشى صريحا، يمنعان من الاعتماد عليهما و التمسک بهما فى مقام الاستدلال.

على انهما لا يتضـمنان الا بيان قضـيه فى واقعه فلا إطلاق لهما کى يتمسک به فى مقام نفى الشـرط المشکوک، و لعله (ع) کان يعلم بمقدار الدين الذى عليهما.

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، إذ يستحيل فراغ ذمه المضمون

---

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحکام الضمان، ح ١.)

به، لنفى الغرر و الضـرر. و رد بعـدم العموم فى الأول لاختصـاصه بـالبيع، أو مطلق المعاوضـات (١) و بالاقـدام فى الثـانى (٢) و يمکن الفرق بين الضمان التبرعى و الأذنى

عنه و اشتغال ذمه الضامن بالنسبه إلى ما لا تعين له واقعا.

(١) حيث ألحقها الفقهاء بالبيع، فلا يشمل الضمان و نحوه مما لا يتضمن المعاوضه.

على انه لا غرر فى المقام بالمره، فإن الضامن سـيأخذ بمقـدار ما يدفعه إلى الدائن من المدين قل أو کثر و من غير ان ينقص منه شى ء على الإطلاق، حاله حال القرض حيث يصح إقراض ما فى الکيس حتى مع الجهل بمقداره اتفاقا و من غير ان يشـمله دليل نفى الغرر إذ لا خطر على الدائن فى المقام بعد ثبوت معادل ما يأخذه فى ذمه المدين.

و الحاصـل انه لا اثر للعلم أو الجهل بالمقـدار فى الحکم بالبطلان و تحقق الغرر، فان الخطر انما يتصور فى مثل البيع مما يختلف فيه العوضان و يکون مبناه على المغابنه بمعنى الاسترباح و دفع الأقل بإزاء أخذ الأکثر، حيث يحتمل فيه الخساره، و لا يتصور

فى مثل المقام حيث يستوفى الضامن بمقدار ما يدفعه إلى المضمون له.

(۲) فان دليل لا ـ ضرر انما ينظر إلى ارتفاع الأحكام الإلزاميه به فلا دلاله فيه على عدم جواز إلقاء النفس فى الضرر، و لذا لم يستشكل

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۲۵

فيعتبر فى الثانى دون الأول، إذ ضمان على بن الحسين (ع) كان تبرعيا (۱) و اختصاص نفى الغرر بالمعاوضات ممنوع بل يجرى فى مثل المقام الشبيه بالمعاوضه (۲)، إذا كان بالأذن مع قصد الرجوع على الآذن. و هذا التفصيل لا يخلو عن قرب.

[(مسأله ۲): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحه انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن]

(مسأله ۲): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحه انتقل الحق من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، و تبرأ

أحد فى صحه الهبه و نحوها باعتبار استلزامها للضرر.

و الحاصل: ان دليل لا ضرر بنفسه قاصر عن مشمول الضمان قل أو كثر، فإنه لا يدل الا على نفى إلزام الشارع بالحكم الضررى.

(۱) قد عرفت الاشكال فيه فيما تقدم.

(۲) فيه اشكال ظهر مما تقدم، فإنه لا عموم لدليل نفى الغرر، على انه لا غرر فى المقام إطلاقا حيث انه سيأخذ من المضمون عنه بمقدار ما يؤديه للمضمون له.

و الحاصل: انه لا ـ فرق فى عدم عموم الدليلين - نفى الضرر و نفى الغرر - للضمان بين كونه تبرعيا أو إذنيا فإنهما و على كلا التقديرين غير شاملين له.

و عليه فالقول بالجواز مطلقا هو الأقرب.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۲۶

ذمه المضمون عنه، بالإجماع و النصوص (۱)، خلافا للجمهور حيث أن الضمان عندهم ضم ذمه إلى ذمه. و ظاهر كلمات الأصحاب عدم صحه ما ذكروه حتى مع التصريح به على هذا النحو. و يمكن الحكم بصحته حينئذ للعمومات (۲).

---

(۱) كصحيحه عبد اللّه بن سنان عن أبى

عبد اللّه (ع):

(فی الرجل یموت و علیه دین فیضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضی به الغرماء فقد برأت ذمه المیت) «۱».

(۲) لم یظهر مراده- قده- من العمومات فی المقام، فإن أدله الضمان و بأجمعها وارده فی نقل الدین من ذمه إلی أخری، و لیس فیها ما یقتضی صحته حتی علی نحو ضم ذمه إلی أخری کی یتمسک به فی المقام.

و العمومات العامه غیر شامله له أیضا، فإن اشتغال ذمه شخص- الضامن- بالنسبه إلی غیره مجانا و بلا عوض غیر داخل فی عنوان التجاره و لا یشمله الأمر بالوفاء بالعقود، إذ العقد ربط لالتزام الطرفین المتعاقدین فلا یصدق علی ما یکون الالتزام فیه من طرف واحد خاصه، و لو صح ذلک للزم القول بصحته فی غیر موارد الدین کموارد الالتزام الابتدائی، و الحال انه باطل و لم یقل بصحته

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۲ من أبواب کتاب الضمان، ح ۱.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۲۷

[(مسأله ۳): إذا أبرأ المضمون له ذمه الضامن برئت ذمته و ذمه المضمون عنه]

(مسأله ۳): إذا أبرأ المضمون له ذمه الضامن برئت ذمته و ذمه المضمون عنه (۱) و ان أبرأ ذمه المضمون عنه

أحد علی الإطلاق، فإن اشتغال الذمه لیس أمرا اختیاریا للمکلف بحیث یکون له ذلک کیفما شاء و انما هو متوقف علی أسبابه الخاصه من تجاره أو استیلاء أو إتلاف أو الشرط فی ضمن العقد- بناء علی انه یوجب الملکیه- فلا یحصل من دونها.

و الحاصل: ان إثبات اشتغال الذمه یحتاج الی الدلیل و هو مفقود فی غیر الدین حیث اقتضت أدله الضمان الصحه فیها.

نعم لا بأس بتصحیح هذا الضمان بالمعنی الذی سبق منا بیانه فی الشرط السابع، اعنی التعهد بالوفاء به علی تقدیر عدم وفاء المدیون نظیر التعهد بالأعیان الخارجیه،

فإنه لا بأس به حيث لم يكن بمعنى اشتغال الذمه.

(۱) أمـا الأـول فواضـح، و أما الثانى فالإبراء فيه انما هو بمعنى عـدم جواز رجوع الضامن عليه و مطالبته بما انتقل إلى ذمته نتيجه للضمان، و ذلك لانه من مختصات الأداء عن أمره فلا يثبت مع فقد أحد الشرطين.

و مـا ذكرنـاه فى معنى براءه ذمه المضـمون عنه هـو المتعين فى التفسـير و إلاـ فـذمه المضـمون عنه بالقيـاس إلى المضـمون له- الدائن- بريئه حتى قبل الإبراء- على ما يقتضيه مذهبنا فى الضمان.

مبانی العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٢٨

لم يؤثر شيئا، فلا تبرء ذمه الضامن، لعدم المحل للإبراء بعد برائته بالضـمان، إلا إذا اسـتفيد منه الإبراء من الدين الذى كان عليه، بحيث يفهم منه عرفـا إبراء ذمه الضامن و أما فى الضـمان بمعنى ضم ذمه إلى ذمه فان ابرء ذمه المضـمون عنه برئت ذمه الضامن أيضا، و ان أبرء ذمه الضامن فلا تبرء ذمه المضمون عنه كذا قالوا، و يمكن ان يقال: ببراءه ذمتهما على التقديرين (١)

و بعبـاره أخرى: لاـ بـد من حمـل عبـاره المـاتن- قـده- على الضـمان الاـذنى حيث يصـح معه التعبير ببراءه الـذمتين نتيجه لإبراء المضمون له لذمه الضامن، أما ذمه الضامن فللإبراء و أما ذمه المضمون عنه فلعدم أداء الضامن شيئا و معه فلا يثبت له- الضامن- حق الرجوع عليه- المضـمون عنه- و بهـذا المعنى صـح التعبير ببراءه ذمته، و الاـ- بـان كـان الضـمان تبرعيا- فحيث لا أثر لإبراء المضـمون له لذمه الضامن فى براءه ذمه المضمون عنه، فإنها بريئه و غير مشغوله لأحد بنفس الضمان، سواء فى ذلك قبل الإبراء و بعده و فلا يصح التعسير ببراءه الذمتين نتيجه لإبراء المضمون له لذمه الضامن،

فإنه لا يؤثر إلا فى براءه ذمه الضامن فحسب و أما ذمه المضمون عنه فهى بريئه قبل ذلك.

(۱) و هو الصحيح، أما مع إبراء الضامن فلأن الإبراء لا يعنى

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۲۹

[(مسأله ۴): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له]

(مسأله ۴): الضمان لازم من طرف الضامن و المضمون له (۱)، فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان باذن المضمون

رفع اليد عن الضم و الضمان خاصه كى يقال بان معه يبقى الدين على حاله و يكون المضمون عنه مدينا بعد الإبراء كقبله، فإن هذا المعنى غير مراد جزما، إذ الضمان من العقود اللازمه و هى لا تقبل الرفع حتى مع رضا الطرفين، على انه ينافى مفهوم الإبراء فإنه مساوق لإسقاط الدين- على ما ستعرف.

و إنما الإبراء بمعنى رفع اليد من الدين من أساسه- على ما يساعد عليه ظاهر اللفظ- و معه فلا مجال للقول ببقاء ذمه المضمون عنه مشغوله فإن الدين ليس الا دينا واحدا فلا يقبل البقاء و السقوط فى آن واحد بالقياس الى الذمتين.

و بعباره أخرى: إن إبراء إحدى الذمتين من الدين الثابت فيهما على نحو الضم إنما هو بمنزله استيفاءه منها- كما هو واضح- و لذا يذكر فى باب المهور ان الزوجه إذا أبرأت ذمه زوجها من المهر فطلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف المهر، فلا وجه للتفكيك بين الذمتين بالقياس اليه و القول بثبوته فى ذمه دون أخرى.

و أما مع إبراء المضمون عنه، فلان مرجعه إلى إسقاط الدين و إفراغ ذمته منه و معه فلا يبقى مجال لضم ذمه أخرى إليها فيه.

(۱) فان إرجاع الدين إلى ذمه المضمون عنه ثانيا و فراغ ذمه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۳۰

عنه، و تبين إعساره (۱) و

كـذا لا يجوز للمضـمون له فسـخه و الرجوع على المضـمون عنه، لكن بشـرط ملاءه الضامن حين الضـمان أو علم المضـمون له بإعساره (٢)، بخلاف ما لو كان معسـرا حين الضـمان و كان جاهلا بإعساره ففى هذه الصوره يجوز له الفسخ على المشـهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، و يستفاد من بعض الاخبار أيضا (٣)

الضـامن بعـد الحكم بصـحه الضـمان و انتقال الـدين إلى ذمه الضامن و فراغ ذمه المضـمون عنه بالمره، يحتاج إلى الـدليل و هو مفقود و مقتضى أصاله اللزوم- المستفاده من إطلاقات أدله صحه العقود و العمومات- بقاء الحكم الأول على حاله.

(١) فضلا عما لو كان ضمانا تبرعيا و من غير إذن المضمون عنه.

(٢) لعين ما تقدم فى سابقه.

(٣) و هو موثقه الحسن بن الجهم قـال: «سألت أبا الحسن (ع) عن رجل مات و له علىّ دين و خلف ولـدا رجالا و نساء و صبيانا، فجـاء رجـل منهم فقـال: أنت فى حـل ممـا لأبى عليـك من حصتى، و أنت فى حل مما لإخوتى و أخواتى و أنا ضامن لرضاهم عنك. قال:

يكون فى سعه من ذلك و حل. قلت: فان لم يعطهم؟ قال: كان لك فى عنقه. قلت: فان رجع الورثه علىّ فقالوا: أعطنا حقنا؟

فقال: لهم ذلك فى الحكم الظاهر، فأما بينك و بين اللّه فأنت منها

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣١

....

فى حـل إذا كـان الـذى حلك يضـمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضـمن لك. قلت: فما تقول فى الصبى لامه ان تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه، قلت فان لم يكن لها؟ قال: فلا.

قلت: فقد سمعتك تقول: انه يجوز تحليلها، فقال: إنما أعنى بذلك إذا كان لها. الحديث»

«١».

و هی و ان كانت معتبره سندا إلا انها أجنبيه من حيث الدلاله عن المدعى فإنها وارده فی تحليل بعض الورثه لحصته من الدين بالفعل مع الالتزام بتحصيل رضی سائر الوراث أيضا، و أين ذلك من الضمان الذی هو محل الكلام؟.

و بعباره اخرى: ان مورد المعتبره هو التحليل و هو عقد قائم بين المدين و شخص آخر، فی حين ان مورد كلامنا هو الضمان الذی هو عقد قائم بين الدائن و شخص آخر، فلا مجال لإثبات الحكم الثابت فی أحدهما للآخر.

على أن هذه المعتبره لو تمت من حيث الدلاله فی المقام فمن الواضح أن مقتضاها بطلان الضمان مع عدم الملاءه لا ثبوت الخيار، و هو مما لا يقول به أحد.

على أنه لا بد من رد علم هذه المعتبره إلى أهلها حتى موردها- التحليل- لأنها تضمنت صحه التحليل من الأجنبی و حصول فراغ

---

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ۴ من أبواب أحكام الضمان، ح ١.

....

الذمه واقعا به و هو أمر لا يمكن الالتزام به إذ التحليل من الأجنبی لا يعدو كونه تحليلا فضوليا يتوقف على إجازه من له الأمر واقعا.

إذن فلا مجال للتمسک بالمعتبره فی المقام على كل تقدير، فإنها لو تمت دلاله و أمكن العمل بها فی موردها فإثبات حكمها فی المقام لا يعدو القياس.

هذا و قد استدل صاحب الجواهر (قده) على المدعى بما دل على اعتبار الملاءه فی المحال عليه، بدعوى ان الحواله أخت الضمان فيثبت فيه ما ثبت فيها.

و هو- كما تراه- قياس محض، فان الحكم بالخيار عند إعسار المحال عليه حين الحواله مع جهل المحال انما ثبت بالنص الخاص فالتعدی عنها الى غيرها لمجرد اشتراكهما فی

جهه لا يخرج عن حد القياس.

على أن بينهما فرقا واضحا، فإن الحواله معامله قائمه بين الدائن و المدين فى حين ان الضمان معامله بين الدائن و شخص ثالث، فالحواله معامله معاوضيه بخلاف الضمان، فإن الدائن- فى الحواله على مشغول الذمه- مشتر ما لعمرو- مثلا- فى ذمه بكر بماله فى ذمه المدين.

بل و كذا لو كانت الحواله على برى ء الذمه فإنها معاوضه و تبديل لذلك المبلغ فى ذمه المحال عليه بماله فى ذمه المدين، غايه الأمر أن المحال عليه لما كان برى ء الذمه بالنسبه إلى المحيل كان العقد فضوليا و متوقفا على أجازته.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣٣

و المدار- كما أشرنا إليه- فى الإعسار و اليسار على حال الضمان، فلو كان موسرا ثم أعسر لا يجوز له الفسخ (١)

و من هنا: فحيث ان العشره- مثلا- فى ذمه المعسر لا تساوى من حيث الماليه بنظر العقلاء العشره فى ذمه الموسر- كما هو واضح- و المعاملات مبنيه على التساوى فى الماليه بحيث يكون ذلك من الشرط الضمنى، كان تخلفه موجبا لثبوت الخيار على القاعده- على ما تقدم بيانه مفصلا فى مبحث خيار الغبن.

و أين هذا من الضمان الذى لا يعد من المعاوضات بالمره، لأنه ليس إلا اشتغال ذمه بلا عوض و مجانا سواء فى ذلك ما كان اذنيا أو تبرعيا لأنهما لا يختلفان إلا من حيث جواز الرجوع على المدين الأول و عدمه.

و الحاصل: التعدى من الحواله إلى الضمان قياس مع الفارق و ان اشتركا فى جهه من الجهات.

و على ضوء ما تقدم يظهر انه لا دليل يمكن الاعتماد عليه فى القول بالخيار فى المقام.

و من هنا فان تم إجماع على ذلك فهو، و إلا- كما هو

الصحيح إذ غايه الأمر عدم وجدان الخلاف- فللمناقشه فيه مجال واسع و مقتضى أصاله اللزوم عدمه.

(۱) لعدم شمول دليل الخيار- بناء على تماميته- للإعسار المتأخر

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۳۴

كما انه لو كان معسرا ثم أيسر يبقى الخيار (۱) و الظاهر عدم الفرق فى ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضا معسرا أو لا (۲). و هل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلا مع يساره فى ثبوت الخيار أو لا؟

وجهان (۳).

فإن الإجماع غير ثابت فيه و معتبره الحسن بن الجهم ناظره الى حال الضمان و الحكم فى الحواله مختص بالإعسار حينها أيضا.

(۱) و هو انما يتم فيما إذا كان مستند الخيار فى المقام هو معتبره الحسن بن الجهم، فإنه لا بأس بالتمسك بإطلاقها- بعد تسليم دلالتها- لإثبات الخيار فى الفرض أيضا.

و أما إذا كان المستند هو الإجماع فالحكم بثبوت الخيار فى المقام مشكل جدا نظرا لكون القدر المتيقن منه هو المعسر المستمر.

(۲) لكونه أجنبيا عن العقد.

(۳) من اختصاص أدله الخيار من الإجماع و النص و ما ذكره صاحب الجواهر (قده) بالإعسار فيكون التعدى عنه محتاجا الى الدليل و هو مفقود، و مقتضى أصاله اللزوم العدم.

و من التمسك بقاعده نفى الضرر، فان الحكم بلزوم هذا العقد ضرورى على الدائن فينفى بالقاعده- على ما مر تفصيله فى خيار الغبن.

و الأقوى هو الأول، لما عرفته غير مره من اختصاص دليل

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۳۵

[(مسأله ۵): يجوز اشتراط الخيار فى الضمان]

(مسأله ۵): يجوز اشتراط الخيار فى الضمان (۱)

لا ضرر بنفى الأحكام الضرريه من الأحكام المجعوله فى الشريعه المقدسه، و عدم شموله للضرر الحاصل من فعل المكلف

نفسه، كما أنه لا يتكفل جبر الضرر الحاصل كذلك.

و حيث أن

مقامنا من هـذا القبيل لان المضـمون عنه انما وقع فى الضـرر نتيجه لفعل نفسه اعنى رفع يـده عن ذمّته الثابت فى ذمه المدين فى قبال اشـتغال ذمه الضامن به، فلا يلزم الشارع المقدس تداركه بجعل الخيار له، فان دليل نفى الضـرر قاصـر الشمول عن مثل هذه الموارد.

على أن دليل نفى الضرر لو شمل المقام لكان لازمه الحكم ببطلان الضمان من رأس لا الحكم بصحته مع ثبوت الخيار.

و تمام الكلام فيه موكول الى محله.

إذن. فالأظهر فى المقام هو عدم الخيار حتى و لو قلنا بثبوته على تقدير ظهور إعساره فضلا عن إنكاره- كما هو المختار.

(١) على إشكال فيه بل منع، فان الضمان لا يقاس بسائر العقود و الفرق بينهما ظاهر.

فإن نتيجه العقـد إذا كانت راجعه إلى طرفيه خاصه كان لهما رفع اليـد عنه بعـد ثبوته و لزومه و من غير حاجه للخيار و هو المعبر عنه فى الاصطلاح بالتقايل، إلا فى بعض العقود الذى ثبت فيه عدمه بالنص

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٣۶

للضامن و المضمون له، لعموم أدله الشروط (١) و الظاهر

الخاص كالنكاح حيث لا يرفع إلا بالطلاق أو أحد موجبات الفسخ.

و إذا جاز لهما ذلك بالنتيجه جاز لهما جعل هذا الحق فى ضمن العقد من الأول و هو المعبر عنه فى الاصطلاح بشرط الخيار.

و ليس ذلك كله الا لكون العقد عقدهما و الحق لا يعدوهما فلهما ان يتصرفا كيفما شاءا ما لم يرد منه منع من الشارع المقدس.

و هـذا بخلاف مـا إذا كانت نتيجه العقـد ترتبط بشـخص ثالث بحيث يكون الحق يعـدوهما إليه، فإنه لا يكون لهما ذلك لعـدم الولايه لهما على الثالث.

و حيث ان مقامنا من هذا القبيل فان عقد الضمان و

ان كان قائما بين الضامن و المضـمون له الا ان الحق فيه يعدوهما الى المضمون عنه حيث تبرأ ذمته عن الدين، فلا يصح اشتراط الخيار فيه إذ لا موجب لاشتغال ذمه المضـمون عنه ثانيا و بعـد الفراغ لمجرد رضـى أحـد الطرفين أو هما معا به، فإنه أمر يحتاج الى الدليل و هو مفقود.

و الحاصل: ان باب الضـمان لا يقاس بباقى المعاملات التى ترجع نتيجتها الى المتعاملين نفسـهما، فان اشـتغال ذمه المضـمون عنه ثانيا يحتاج الى الدليل و هو مفقود.

(۱) و فيه: ان أدله الشروط لا تفى بإثبات صحه جعل الخيار فى المقام، نظرا لما تقدم مرارا من انها ليست بمشرعه و لا تفيد إلا

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۳۷

جواز اشتراط شى ء لكل منهما (۱) كما إذا قال الضامن:

«أنا الضـمان بشـرط أن تخيط لى ثوبا»، أو قال المضـمون له: «أقبل الضامن بشرط ان تعمل لى كذا». و مع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط (۲).

[(مسأله ۶): إذا تبين كون الضامن مملوكا و ضمن من غير إذن مولاه]

(مسأله ۶): إذا تبين كون الضامن مملوكا و ضمن من غير إذن مولاه أو بأذنه و قلنا إنه يتبع بما ضمن بعد

لزوم ما هو سائغ فى نفسه و مع قطع النظر عن الاشتراط، و حيث ان جعل الخيار فى المقام ليس من هذا القبيل باعتبار ان اشـتغال ذمه المضـمون عنه ثانيـا يحتـاج الى الـدليل و لاـ يتم باتفـاق المتعاقـدين عليه، فلا يمكن إثباته بالاشتراط و التمسك بعموم أدله الشروط.

(۱) لعموم أدله الشروط بعد ان كان الشرط سائغا فى نفسه بحيث كان للمشروط عليه فعله ابتداء و من غير اشتراط.

(۲) بل الظاهر ان هذا الاشتراط لا يوجب إلا الحكم التكليفى المحض مع جواز إلزامه به نظير الاشتراط فى ضمن عقد

النكاح.

و ذلک لما عرفته من أن ثبوت حق الفسخ فی المقام بمعنی اشتغال ذمه الغیر ثانیا و بعد فراغها و براءتها أمر خارج عن صلاحیه المتعاقدین و یحتاج الی الدلیل الخاص و هو مفقود و أدله الوفاء بالشرط لا تنهض لإثباته.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۳۸

العتق، لا یبعد ثبوت الخیار للمضمون له (۱).

[(مسأله ۷): یجوز ضمان الدین الحال حالا و مؤجلا]

(مسأله ۷): یجوز ضمان الدین الحال حالا (۲) و مؤجلا (۳) و کذا ضمان المؤجل حالا و مؤجلا بمثل ذلک الأجل أو أزید أو أنقص (۴) و القول بعدم صحه الضمان إلا مؤجلا (۵)

---

(۱) بل هو بعید و یظهر وجهه مما تقدم فی المسأله السابقه، إذ الالتزام باشتغال ذمه الغیر بالدین ثانیا بعد فراغها منه جزما علی خلاف الأصل و یحتاج إلی الدلیل الخاص و هو مفقود.

(۲) بلا اشکال فیه، و یقتضیه ما دل علی کون الضمان نقل الدین من ذمه إلی أخری.

(۳) اتفاقا حیث لم ینسب الخلاف فیه الی أحد من أصحابنا، بل و قد حکی فی کلماتهم الإجماع علیه.

(۴) لما ستعرفه من أن الضمان انما یتعلق بنفس الدین، و أما الحلول و التأجیل و قصر المده و طولها فهی تثبت بالاشتراط.

(۵) قال الشیخ (قده) فی النهایه: «و لا یصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل» «۱» کما نسب ذلک فی بعض الکلمات إلی غیره أیضا.

---

(۱) کتاب النهایه ص ۳۱۵.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۳۹

و أنه یعتبر فیه الأجل کالسلم، ضعیف (۱)، کالقول بعدم صحه ضمان الدین المؤجل حالا (۲) أو بأنقص و دعوی

---

(۱) لعدم الدلیل علیه بل لاقتضاء أدله الضمان خلافه- علی ما تقدم.

(٢) و استدل عليه باستلزامه زياده الفرع على أصله.

و فيه: ان الضمان و ان

كان فرع الدين، الا ان متعلقه هو نفس الدين دون الأجل، فإنه أمر خارج عنه و يثبت بالاشتراط فى ضمنه.

و بعباره أخرى. ان الضمان متعلق بعين ما اشتغلت به الذمه و من غير زياده أو نقيصه، فإن التقديم و التأخير أمران خارجان عنه كليه على انه لو صح ما ذكر لزم منه صحته فى عكسه أيضا و القول بالبطلان فى ضمان الدين الحال مؤجلا، نظرا لنقصان المؤجل عن الحال فى حين ان مقتضى أدله الضمان انتقال مثل ما فى ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن و من غير زياده أو نقيصه.

و الحال ان هذا مما لا يمكن ان يلتزم به، و ليس ذلك الا لكون التقديم و التأخير خارجين عن حقيقته.

ثم ان مما ذكرنا يظهر بطلان ما ذكره فخر المحققين و استحسنه العلامه (قده) فى المختلف من كونه ضمان ما لا يجب نظرا لزياده ماليه الدين الحال عن ماليه الدين المؤجل، و حيث ان هذه الزياده غير واجبه على المديون و لا ثابته فى ذمته كان ضمانها من ضمان ما لم يجب.

و وجه البطلان ان الضمان انما تعلق بنفس الدين من غير زياده فيه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۴۰

أنه من ضمان ما لم يجب، كما ترى (۱).

[(مسأله ۸): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين]

(مسأله ۸): إذا ضمن الدين الحال مؤجلا بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين، فلو أسقط الضامن أجله و أدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه (۲) لأن الذى عليه كان حالا و لم يصر مؤجلا بتأجيل

أو نقيصه، و الحلول و التأجيل انما يثبتان بالاشتراط فى ضمنه.

و منه يظهر جواز اختلاف الأجلين من حيث الزياده و النقيصه.

إذن: فالصحيح هو ما ذهب اليه الماتن

(قده) وفاقا للمشهور من جواز ضمان الدين المؤجل حالا.

(۱) لما تقدم من الوجه فی بطلانها.

(۲) لأداء دينه بأذنه، و الضمان و ان كان مؤجلا الا أن الأجل حق للضامن لا له، إذ المفروض كون دينه حالا و هو و ان سقط بالضمان الا أن أمره و إذنه فيه أوجب الضمان فيصح الرجوع عليه على تقدير الأداء متى ما حصل.

و الحاصل: ان الأجل انما هو بالنسبه إلى الضمان لا الدين فإنه حال و لا ملازمه بينهما من هذه الجهه.

نعم لو كان إذنه فی الضمان مقيدا بكون الأداء فی وقت كذا- حيث لا مانع من تقييده أو تعليقه- كان أداء الضامن له قبل ذلك الوقت تبرعا محضا فليس له الرجوع عليه بعد الأجل فضلا عما قبله

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۴۱

الضمان. و كذا إذا مات قبل انقضاء أجله و حل ما عليه و أخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه و احتمال صيروره أصل الدين مؤجلا حتى بالنسبه إلى المضمون عنه ضعيف (۱).

[(مسأله ۹): إذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلک، فمات و حل ما عليه و أخذ من تركته]

(مسأله ۹): إذا كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك، فمات و حل ما عليه و أخذ من تركته ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه الا بعد حلول أجل أصل الدين، لان الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول (۲) على المضمون عنه و كذا لو أسقط أجله و أدى الدين قبل الأجل

إذ المقيد عدم بانعدام قيده. الا ان هذا خارج عن محل الكلام.

(۱) و هو مشكل جدا، إذ لا وجه لجواز امره بذلك الأداء، فإن المفروض انه انما أمر الضامن بأداء دينه المؤجل فی حينه، فما لم يكن الأداء كذلک- سواء أ كان ذلك بفعل الضامن نفسه أم غيره- لم

يكن للمؤدى الرجوع عليه.

لأنهما فى الواقع عقدان مستقلان فلا وجه لإثبات الأجل المأخوذ فى أحدهما فى الآخر.

(۲) لما عرفته من اختلاف العقدين حقيقه و عدم الملازمه بينهما فى الأجل و الحلول.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۴۲

لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه الا بعد انقضاء الأجل (۱).

[(مسأله ۱۰): إذا ضمن الدين المؤجل حالا بأذن المضمون عنه]

(مسأله ۱۰): إذا ضمن الدين المؤجل حالا بأذن المضمون عنه فان فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، و الا فلا يجوز الا بعد انقضاء الأجل (۲) و الإذن فى الضمان أعم من كونه حالا.

[(مسأله ۱۱): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه ليس له الرجوع على المضمون عنه]

(مسأله ۱۱): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله و أداه ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله (۳). و إذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد و أداه جاز له الرجوع عليه، على ما مر من أن أجل الضمان

---

(۱) إذ لا وجه لجواز رجوعه عليه بعد عدم تعلق أمره بذلك الأداء بالمره، فإنه إنما أمره بأداء دينه المؤجل فى حينه فما لم يكن الأداء كذلك لم يكن له الرجوع عليه.

و بعباره أخرى: ان أصل الأداء و ان كان بأمر من المضمون عنه الا ان خصوصيه التقديم لما لم تكن بامره لم يكن للضامن الرجوع عليه قبل الأجل فالحلول زياده من الضامن لم يلتزم به المضمون عنه.

(۲) لكون الحلول حينئذ زياده من الضامن نفسه، فلا يلزم به المضمون عنه.

(۳) لما تقدم.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۴۳

لا يوجب صيروره أصل الدين مؤجلا، و كذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه (۱).

[(مسأله ۱۲): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته]

(مسأله ١٢): إذا ضـمن بغير إذن المضـمون عنـه برئت ذمته، و لم يكن له الرجـوع عليه و ان كـان أداؤه بـإذنه أو أمره (٢) الا أن يـأذن له فى الأداء عنه تبرعا منه فى وفاء دينه، كأن يقول: «إذ ما ضـمنت عنى و أرجع به علىّ» على اشـكال (٣) فى هذه الصوره أيضا من حيث ان مرجعه حينئذ إلى الوعد الذى لا يلزم الوفاء به، و إذا

---

(١) لما عرفته من كون الأجل للضـمان دون الدين، فلا يجوز للمضمون عنه تأخير دفعه بعد أداء الضامن له عند حلول أجله و ان بقى من أجل الضمان ما بقى.

(٢) لكونه أمرا له بما

اشتغلت ذمته- الضامن- به، نظير أمر الغير بأداء الدين الثابت عليه- المأمور- فى نفسه، فإنه لا يوجب الضمان قطعا لكونه أمرا بما هو واجب عليه فى نفسه و مع قطع النظر عن الأمر.

(۳) الظاهر أنه لا وجه للاستشكال فى المقام و ليس مرجع الأمر هذا الى الوعد، و انما مرجعه الى انابه المضمون عنه الضامن فى أداء الضمان عنه تبرعا و كأنه هو الذى باشر ذلک بنفسه، فإنه موجب

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۴۴

ضمن باذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء (۱) و ان لم يكن بإذنه لأنه بمجرد الإذن فى الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شی ء، نعم لو إذن له فى الضمان تبرعا فضمن ليس له الرجوع عليه، لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن.

[(مسأله ۱۳): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صوره الإذن]

(مسأله ۱۳): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صوره الإذن إلا بعد أداء مال الضمان (۲) على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه و انما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبه قبله، اما لان ذمه الضامن و ان اشتغلت حين الضمان بمجرده الا ان ذمه المضمون عنه

للضمان و رجوع النائب على الآمر بلا خلاف.

و بعباره أخرى: ان حال الضامن فى المقام هو حال الأجنبی الثالث الذى يؤمر بأداء ما على زيد من الديون نيابه عن الآمر، فإنه لا فرق بين الضامن و غيره من هذه الناحيه و هما على سواء فيها فكما ان أمر الأجنبی بذلک يوجب الضمان و جواز رجوع المأمور بعد الأداء الى الآمر فكذا الحال فى الضامن أيضا لوحده الملاک و هو الأمر بإتلاف مال محترم بالنيابه عنه و كأنه هو المباشر له.

(۱) بلا اشكال فيه و لا خلاف، و

تدل عليه الروايات الكثيره الوارده فى المقام.

(٢) لما تقدم.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١۴۵

لا تشتغل الا بعد الأداء و بمقداره، و اما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، و اما لأنها و ان اشتغلت بمجرد الضمان الا أن جواز المطالبه مشروط بالأداء. و ظاهرهم هو الوجه الأول. و على اى حال لا خلاف فى أصل الحكم و ان كان مقتضى القاعده جواز المطالبه و اشتغال ذمته من حين الضمان (١) فى قبال اشتغال ذمه الضامن سواء أدى أم لم يؤد. فالحكم المذكور على خلاف القاعده ثبت

---

(١) بل مقتضى القاعده هو الأول، إذ لا بد فى اشتغال ذمه الغير من سبب له من عقد أو إتلاف أو تلف فى بعض الموارد- و إلا فالضمان من غير سبب و موجب لا يمكن تصحيحه بوجه.

و من هنا فحيث ان الأمر بالضمان و اقدام الضامن عليه، لا يعنى إلا براءه ذمه المدين من الدين و اشتغال ذمه الضامن به، فلا وجه للقول باقتضاءه بنفسه للضمان و اشتغال ذمه المضمون عنه تجاه الضامن إذ لا ملازمه بينهما بالمره.

و دعوى استلزام ذلك لتضرر الضامن فيشمله حديث لا ضرر.

واضحه الفساد لما عرفت من قصور هذا الدليل عن شمول موارد الاقدام على الضرر- كما نحن فيه.

بل الضمان انما يثبت فى موارد أداء الضامن للدين بالسيره العقلائيه

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١۴۶

بالإجماع و خصوص الخبر: (عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه، قال: ليس له الا الذى صالح عليه) (١) بدعوى الاستفاده منه أن ليس للضامن الا ما خسر.

و يتفرع على ما ذكروه: ان المضمون له لو أبرء ذمه

القطعيه فإن مقتضاها- حتى

مع الإغماض عن النصوص- لزوم جبران الآمر للخساره و النقص الواردين على مال الضامن المستندين إلى أمره، فإن هذه الناحيه هى العمده فى الدليل على اشتغال ذمه المضمون عنه للضامن فى المقام.

هذا مضافا إلى كون هذا المطلب هو المستفاد من النصوص الوارده فى المقام على ما ستعرف بيانه.

(١) و هو موثق عمر بن يزيد قال: «سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح عليه، قال: ليس له الا الذى صالح عليه» «١».

و نحوه موثقه ابن بكير «٢».

حيث ان المستفاد من قوله (ع) (ليس له الا ما صالحه عليه) كون المصالحه و أداءه للأقل هى السبب فى الضمان و اشتغال ذمه المضمون عنه له، و هو ما يعنى براءه ذمته قبل المصالحه و الأداء كما هو واضح

---

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ۶ من أبواب أحكام الضمان، ح ١،

(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ۶ من أبواب أحكام الضمان، ح ٢.

الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا (١) و ان أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره و كذا لو صالح معه بالأقل- كما هو مورد الخبر- و كذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعا فأدى، فإنه حيث لم يخسر بشى ء لم يرجع على المضمون عنه و ان كان باذنه (٢).

و كذا لو وفاه عنه غيره تبرعا.

[(مسأله ١۴): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاه أو صدقه]

(مسأله ١۴): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمسا أو زكاه أو صدقه، فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه (٣)، و لا يكون فى حكم الإبراء.

و الا لكان الحكم إسقاطا لما ثبت فى ذمه الغير و هو ما يأباه ظاهر النص.

(١) حيث

لم يخسر الضامن نتيجه لضمانه شيئا، فلا يكون له الرجوع عليه.

(۲) لما عرفته من ان العبره انما هی بأداءه و خسارته لا بأصل الضمان.

(۳) إذ المستحق يملك ما فی ذمته أو لا بالاحتساب ثم يسقط الدين بحيث يكون السقوط متفرعا على الملكيه، و بذلک فيكون التلف من ماله و الخساره عليه لأنه الذی أداه بماله الذی ملكه خمسا أو زكاه أو صدقه، فيصح له الرجوع عليه.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۴۸

و كذا لو أخذه منه ثم رده عليه هبه (۱). و أما لو وهبه ما فی ذمته فهل هو كالإبراء أو لا؟ وجهان (۲). و لو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه (۳).

---

(۱) بلا- اشكال فيه، إذ الضامن قد خسر الدين بأدائه للمضمون له، فيكون له الرجوع على المضمون عنه على طبق القاعده و ملكيته للمال ثانيا ملكيه جديده و فائده أجنبيه عن الخساره السابقه فلا وجه لمنعها من الرجوع عليه.

(۲) أقواهما الثانی، إذ لا مانع من ملكيه الإنسان لما فی ذمته هبه كما لا مانع من ملكيته لما فيها بالإجاره أو الإرث.

و القبض المعتبر فی الهبه متحقق أيضا لكونه مسلطا على ذلک المال باعتبار انه فی ذمته لا فی ذمه الغير.

و من هنا فيعتبر هذا فی الحقيقه تمليكا له لا إبراء لذمته، و عليه فيصح له الرجوع على المضمون عنه لأن الخساره قد وقعت فی ماله و السقوط كان بعد تملكه لذلک المال.

نعم لو بنينا على عدم صحه الهبه فی الذمه و ان الإنسان لا- يملک ما فی ذمه نفسه، تعين الحكم بعدم جواز رجوعه عليه، لانحصار القضيه- حينئذ- فی الإبراء المحض.

(۳) لكونها خساره وارده عليه

بسبب الضمان، لان انتقال ما فى

[(مسأله ۱۵): لو باعه أو صالحه المضمون له بما یساوی أقل من الدين]

(مسأله ۱۵): لو باعه أو صالحه المضمون له بما یساوی أقل من الدين، أو وفاه الضامن بما یساوی أقل منه، فقد صرح بعضهم بأنه لا یرجع على المضمون عنه الا بمقدار ما یساوی. و هو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعده (۱) و كون القدر المسلم غیر هذه الصور،

ذمته اليه بمنزله الأداء فیرجع به علیه.

خویی، سید ابو القاسم موسوى، مبانی العروه الوثقى، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

بل و كذا لو كانت ملكيته له بعقد كما لو استأجره المضمون له على عمل بما فى ذمته من المال أو كان الضامن امرأه فتزوجها المضمون له جاعلا- ما فى ذمته صداقا لها، فان له الرجوع عليه جزما، لثبوت ملكيه الضامن لذلك المال الثابت فى ذمته فى مرحله سابقه على سقوط الدين و حصول البراءه، فإنه يملكه أولا بالعقد ثم يسقط عنه الدين قهرا.

و بهذا يصدق عليه أنه خسر ذلك المال لخسارته لمقداره فى قبال عمله الذى أداه أو صداقها فى النكاح.

و الحاصل: أنه يصح للضامن الرجوع على المضمون عنه كلما صحت نسبه الخسران الناشئ من الضمان اليه بحيث يكون واردا على ماله و مأخوذا منه بلا فرق فى ذلك بين الصور جمعاء.

(۱) و فيه: ما عرفته فى محله من كون الحكم على القاعده حيث لا موجب لإثبات الضمان قبل الأداء، فإن الأمر إنما يوجبه بشرط

و ظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه (۱)، لا ما إذا صالحه بما یساوی أقل

منه. و أما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يساوى أزيد فلا إشكال فى عدم جواز الرجوع بالزياده (٢).

[(مسأله ١۶): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه]

(مسأله ١۶): إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانه ليحتسب بعد الأداء عما عليه، فلا اشكال و يكون فى يده

الوفاء خارجا باعتبار ان الخساره تكون عليه- حينئذ- بالسيره القطعيه.

(١) و فيه: انه لا- وجه له، فان النص مطلق و مقتضى قوله «صالح عليه» عدم الفرق بين كون ما صالح به من جنس الدين كى يستلزم الاسقاط و الرضا من الدين بأقل منه، و بين كونه من غير جنسه فيكون وفاء له.

نعم النص مختص بالصلح و لا- يعم البيع، الا- أنه لا- ينبغى الشك فى عدم الخصوصيه له و كون العبره بما يخسره الضامن للمضمون له نتيجه للضمان.

إذن: فالصحيح ما ذهب اليه المشهور من كون رجوع الضامن على المضمون عنه- فى المقام- بمقدار ما يسوى لا مقدار الدين.

(٢) لأن أمر المضمون بالضمان لا يوجب الا ضمانه عند أداء المأمور له بمقدار ما أمر به، و أما الزائد عنه فلما لم يكن عن أمره

أمانه، لا يضمن لو تلف إلا بالتعدى أو التفريط (١).

و ان كان بعنوان وفاء ما عليه، فان قلنا باشتغال ذمته حين الضمان و ان لم يجب عليه دفعه الا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح و يحتسب وفاء، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثانى. و ان قلنا: انه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء و حينه- كما هو ظاهر المشهور- (٢) فيشكل صحته وفاء، لان

المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون فى يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (٣)، و بعد الأداء

كان الضامن متبرعا به و معه فلا يصح له الرجوع عليه.

(١) على ما تقتضيه قواعد الامانه.

(٢) و تقتضيه القواعد- على ما عرفت.

(٣) كما هو الحال فيما لو دفع إلى غيره مالا بتوهم كونه مدينا له، فإنه لا يعد وفاء لعدم مصادفته لاشتغال الذمه، بل يبقى المال على ملك مالكه الأول- الدافع- و يكون فى يد الثانى من قبيل المقبوض بالعقد الفاسد، فيكون تصرفه فيه موجبا للضمان نظرا لكونه تصرفا فى مال الغير بغير حق، كما هو الحال فى سائر موارد المقبوض بالعقد الفاسد.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٥٢

ليس له الاحتساب إلا بإذن جديد أو العلم ببقاء الرضا به (١).

---

(١) ظاهر تقييده (قده) للحكم بالعلم ببقاء الرضا به، عدم كفايه الاستصحاب فى مورد الشك. و هو الصحيح إذ لا مجرى للاستصحاب فى المقام، لتبدل الموضوع فان ما كان متيقنا فى السابق- الأذن فى احتسابه فى ذلك الوقت- لا أثر له بالفعل لفوات ظرفه، و ما له أثر بالفعل- الأذن فى الاحتساب بعد الأداء- لم يكن ثابتا فى زمان كى يستصحب الى حاله الشك، فهو نظير إذن زيد لعمرو فى سكنى دار لم يكن يملكه حين الإجازه ثم ملكه، فإنه لا مجال للقول بكفايته لسكناه بالفعل لاستصحاب بقاءه، فان ما كان ثابتا فى السابق لا أثر له بالمره لكونه فى غير محله، و ما ينفع بالفعل لم يكن ثابتا فى زمان كى يستصحب بقاءه.

و بعباره أخرى: ان الأعراض و الافعال تختلف عن الجوهر فى تعددها و تغايرها بحسب الأزمنه، فالقيام فى هذا اليوم و القيام فى اليوم السابق فردان من القيام مختلفان

بخلاف وجود زيد فى هذا اليوم و وجوده فى اليوم السابق فإنهما ليسا بوجودين مختلفين و انما هما وجود واحد لشخص واحد.

و من هنـا: فلاـ مجال لإجراء الاستصحاب فى الأول و إثبات الفعل الثابت فى الزمان السابق يقينا فى الزمان المشكوك، بخلاف الثانى حيث لا مانع من التمسك بالاستصحاب لإثباته فى الزمان المشكوك.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۵۳

[(مسأله ۱۷): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عنى إلى المضمون له ما على من مال الضمان» فدفع]

(مسأله ۱۷): لو قـال الضـامن للمضـمون عنه: «ادفع عنى إلى المضـمون له مـا على من مال الضـمان» فـدفع برئت ذمتهما معا، أما الضـامن: فلأـنه قـد أدى دينه، و أمـا المضـمون عنه: فلأـن المفروض ان الضامن لم يخسـر. كـذا قـد يقال. و الأوجه أن يقال: ان الضامن حيث أمر المضـمون عنه بأداء دينه فقـد اشـتغلت ذمته بالأداء (۱). و المفروض أن ذمه المضـمون عنه أيضا مشـغوله له، حيث أنه أذن له فى الضـمان. فالأداء المفروض موجب لاشـتغال ذمه الضامن من حيث كونه بأمره، و لاشتغال ذمه المضمون عنه حيث ان الضمان باذنه، و قد وفى الضامن (۲). فيتهاتران، أو يتقاصان (۳) و اشكال صاحب الجواهر فى اشتغال ذمه

و حيث ان الاحتسـاب من الافعـال، يكون متعـددا بحسب الزمـان لاـ محـاله فالاحتساب فى هـذا الزمان غير الاحتساب فى الزمان السابق و مغاير له فلا يمكن إحرازه فى الزمان المشكوك بالاستصحاب.

(۱) لأن الأمر بالدفع لا على وجه المجانيه موجب للضمان بالسيره العقلائيه القطعيه- على ما عرفته غير مره مفصلا.

(۲) بدفع المضمون له للدين بأمره، فإنه يجعل الأداء مستندا اليه و كأنه هو الذى باشره بنفسه.

(۳) التعبير بالتقاص من سهو القلم أو غلط النساخ جزما. إذ

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۵۴

....

لا موضوع له فى المقام بالمره لاختصاصه بمورد ظلم

من عليه الحق و هو غير متصور فى المقام لحصول التهاتر القهرى بين الدينين و فراغ الذمتين معا بالنتيجه.

و حمله عليه بان يقال أن المراد به هو التهاتر القهرى و قد جى ء به تأكيدا انما يتم فيما إذا كان العطف بالواو- كما هو الحال فى عباره المسالك- فلا يمكن القول به فيما نحن فيه حيث كان العطف ب «أو».

و كيف كان: فما أفاده (قده) إنما يتم فى فرض تماثل الدينين من جميع الجهات، بان يكونا معا حالين أو مؤجلين إلى أجل متحد فلو فرض اختلافهما من بعض النواحى بأن كان أحدهما حالا و الآخر مؤجلا أو كانا مؤجلين و اختلف أجلهما لم يكن للتهاتر موضوع أصلا كما هو الحال فى غير الضمان أيضا، فإن المتلف لمال مدينه بالدين المؤجل يخسر بدل التالف حالا و ينتظر بدينه إلى أجله- كما هو أوضح من أن يخفى.

و عليه ففيما نحن فيه إنما يصح القول بالتهاتر فى صوره تماثل الدينين خاصه، فلو اختلفا و لو من حيث الحلول و التأجيل أو مقدار الأجل بأن كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن كذلك ثم أسقط الأجل و أمر المضمون عنه بالأداء حالا، فلا مجال للتهاتر بل يرجع المضمون عنه على الضامن بما أداه بأمره، فى حين ينتظر الضامن فى الرجوع عليه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۵۵

الضامن بالقول المزبور (۱) فى غير محله (۲).

[(مسأله ۱۸): إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن برئا معا]

(مسأله ۱۸): إذا دفع المضمون عنه الى المضمون له من غير إذن الضامن برئا معا (۳)، كما لو دفعه أجنبى عنه.

حلول الأجل، كما هو الحال فيما لو باشر الضامن الأداء بنفسه- على ما تقدم فى المسأله العاشره.

(۱) قال فى الجواهر ردا على التزام المسالك بالتهاتر القهرى.

ما هذا

لفظه:

«و فيه: ان أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضى اشتغال ذمه الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضا عليه مع عدم قصده، و عدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكا للمديون، كما أنه لا يستحق رجوعا على المضمون عنه لعدم حصول الأداء منه فلا تقاص حينئذ، لعدم ثبوت المالين فى ذمه كل منهما فتأمل» «١».

(٢) لعدم توقف ذلك على عنوان القرض كى يرد عليه انه غير مقصود، فإن الأمر بالإتلاف لا على نحو المجانيه موجب لضمان الآمر بالسيره العقلائيه القطعيه فيثبت اشتغال ذمه كل منهما تجاه الآخر، فيحصل التهاتر قهرا.

(٣) أما الضامن فلأداء الدين من قبل غيره، و اما المضمون عنه

---

(١) كتاب الجواهر ج ٢۶ ص ١۵۵.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١۵۶

[(مسأله ١٩): إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن باذنه و أدى ليس له الرجوع على المضمون عنه]

(مسأله ١٩): إذا ضمن تبرعا فضمن عنه ضامن باذنه و أدى ليس له الرجوع على المضمون عنه (١)، بل على الضامن (٢). بل و كذا لو ضمن بالاذن فضمن عنه ضامن بإذنه (٣)، فإنه بالأداء يرجع على الضامن، و يرجع هو على المضمون عنه الأول (۴).

[(مسأله ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له]

(مسأله ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضا المضمون له (۵). و كذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه (۶).

فبراءه ذمته انما هى بمعنى عدم رجوع الضامن عليه بالمال، و الا فذمته بريئه بنفس الضمان- على ما عرفته فى أول الكتاب.

(١) الأول حيث لم يكن ضمانه عن أمره و إذنه.

(٢) لكونه ضمانه باذنه فيرجع عليه بعد الأداء لاقتضاء الأمر لذلك.

(٣) حيث لم يكن ضمان هذا- الضامن الثانى- بإذنه، و ان كان ضمان الضامن الأول بإذنه، فلا يكون له حق الرجوع عليه.

(۴) على ما تقتضيه قاعده الضمان بالإذن فان كلا منهما يرجع على خصوص الذى أمره بذلك.

(۵) بلا إشكال فيه، و مرجعه إلى إسقاط المضمون له للزائد، و كأنه قد رضى ببراءه ذمه المدين عن ذلك المال فى قبال اشتغال

ذمه الضامن بالأقل.

(۶) للمناقشه فى صحته مجال واسع، بل الظاهر عدم صحته، فان

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۵۷

....

الضـمان- على ما تقدم فى أول الكتاب- ليس الا نقل الدين من ذمه إلى ذمه أخرى، و هو لا يقتضى إلا اشتغال ذمه الضامن بما اشتغلت به ذمه المضمون عنه، فيبقى الاشتغال بالزائد بلا موجب يقتضيه، فلا يصح بعنوان الضمان.

و دعوى: رجوعه إلى اشتراط الزياده للمضمون عنه، بان يكون قبوله للضمان مشروطا بتحمله للزياده.

مدفوعه: بأن ثبوتها ان كان على نحو شرط النتيجه، ففيه: انه بلا موجب حيث ان اشتراط الاشتغال بلا

سبب من بیع أو نحوه لا یوجب الاشتغال بما اشترط.

و ان کان علی نحو شرط الفعل بان یلزمه دفع مقدار زائد علی الدین فی مقام الأداء، ففیه: أنه ان صح فلا یوجب اشتغال ذمته بأکثر من الدین، فان اشتراط الفعل لا یوجب الا الحکم التکلیفی و لزوم الوفاء به، و من الواضح أنه أجنبی عن اشتغال ذمته بالمشروط بالفعل.

علی أنه غیر صحیح فی نفسه، باعتبار ان مرجعه الی اشتراط الزیاده فی الدین و هو ربا محرم، إذ لا فرق فی اشتراط الزیاده بین کونه بإزاء بقاء الدین فی ذمه المدین و بین کونه بإزاء نقله إلی ذمه أخری فإن الکل ربا محرم.

إذن: فالصحیح عدم صحه هذا الضمان بقول مطلق سواء أ کانت

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۵۸

و فی الصوره الأولی لا یرجع علی المضمون عنه مع إذنه فی الضمان الا بذلک الأقل (۱) کما أن فی الثانیه لا یرجع علیه الا بمقدار الدین (۲)، إلا إذا أذن المضمون عنه فی الضمان بالزیاده (۳).

[(مسأله ۲۱): یجوز الضمان بغیر جنس الدین]

(مسأله ۲۱): یجوز الضمان بغیر جنس الدین (۴)

الزیاده مأخوذه علی نحو الاشتراط أم علی نحو اقتضاء الضمان بنفسه لها.

(۱) إذ الزائد عنه قد سقط بإسقاط المضمون له و لم یخسره الضامن فلا وجه لرجوعه به علیه.

(۲) لخروجه عن مورد إذنه.

(۳) لاقتضاء الأمر ذلک بالسیره العقلائیه القطعیه- علی ما تقدم بیانه غیر مره.

(۴) علی إشکال تقدم فی الضمان بالزیاده، إذ لا موجب لاشتغال ذمه الضامن بغیر ما اشتغلت ذمه المضمون عنه.

و الحاصل: انه لا فرق فی الزیاده الممنوعه فی الضمان بین کونها فی مقدار المال أو خصوصیه من خصوصیاته، فإن إثبات کل منهما فی ذمه الضامن من إثبات أمر زائد عما

اشتغلت به ذمه المضمون عنه، و من هنا فلا تشمله أدله الضمان و لا يكون بعنوانه، و حيث لا طريق غيره لإثباته فلا محيص عن الالتزام ببطلانه.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۵۹

کما یجوز الوفاء بغیر الجنس (۱)، و لیس له ان یرجع علی المضمون عنه الا بالجنس الذی علیه (۲) الا برضاه.

[(مسأله ۲۲): یجوز الضمان بشرط الرهانه]

(مسأله ۲۲): یجوز الضمان بشرط الرهانه، فیرهن بعد الضمان (۳)

---

(۱) بلا اشکال فیه علی ما تقتضیه الأدله و القواعد.

(۲) و الظاهر ان الوفاء من غیر جنس الدین إن کان بأمر المضمون عنه، کان للضامن الرجوع علیه بما أداه لاقتضاء الأمر لذلک بالسیره العقلائیه- کما عرفت.

و ان لم یکن بأمره فلیس له الرجوع علیه بغیر جنس الدین فإن الخصوصیه هذه- الجنس- انما کان عن تبرع الضامن محضا و لم تکن متعلقه لأمر المضمون عنه فی وقت فإنه لم یأمر إلا بأداء أصل الدین.

نعم لو کان ثمن ما أداه من الجنس بدلا عن الدین أقل منه لم یکن له الرجوع إلا بمقدار ما صالحه علیه و اداه، و لیس له أخذ التفاوت، فإنه لم یخسره کی یکون له الرجوع به علیه.

(۳) ظاهر کلامه (قده) فرض صحه ذلک أمرا مفروغا عنه، لکنه لا یخلو عن اشکال بل منع.

فان مرجعه ان کان الی تعلیق الضمان بالشرط المتأخر- الرهان- فهو باطل جزما، إذ التعلیق مبطل لجمیع العقود الا ما خرج بالدلیل

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۶۰

....

کالوصیه و التدبیر.

و ان کان مرجعه الی تعلیق التزامه بالضمان علی ذلک الفعل بحیث یکون التزامه به منوطا و مشروطا بتحقق الفعل خارجا و الذی

يرجع إلى جعل الخيار لنفسه على تقدير التخلف كما هو الغالب و المتعارف فى موارد

أخذ الافعال شرطا فی العقود، فهو باطل أیضا لما تقدم فی المسأله الخامسه من هذا الکتاب من عدم قابلیه عقد الضمان لجعل الخیار فیه نظرا إلی تجاوز الحق فیه لطرفیه. فإن الأمر لا یتعلق بالضامن و المضمون له خاصه کی یقررا ما شاءا، و إنما هو متعلق بالمضمون عنه أیضا حیث یستلزم الضمان براءه ذمته، فان اشتغالها ثانیا لمجرد رضا أحد الطرفین أو هما معا به أمر یحتاج إلی الدلیل و هو مفقود.

نعم لو رجع هذا الاشتراط الی مجرد الحکم التکلیفی المحض و وجوب الوفاء علی المشروط علیه و جواز إلزامه به- کما هو الحال فی الاشتراط فی ضمن عقد النکاح- بحیث یکون رضا المشروط له بالعقد معلقا علی التزام المشروط علیه بالشرط و لکن من غیر ثبوت خیار له علی تقدیر التخلف، فلا بأس به.

و لا یرد علیه انه من تعلیق أصل العقد، فإنه لا یقتضی البطلان ما دام ان التعلیق انما هو علی أمر حاصل بالفعل- الالتزام.

الا انه خلاف المتعارف و الشائع فی العقود جدا، فلا یمکن حمل

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۶۱

بل الظاهر جواز اشتراط کون الملک الفلانی رهنا بنحو شرط النتیجه فی ضمن عقد الضمان (۱).

الاشتراط علیه إلا بالاحراز و لو من جهه نصب القرینه علیه أو التصریح به.

(۱) بلا إشکال فی صحته، لما عرفته مرارا من أنه کلما کان للمکلف إنشاءه مستقلا و إیجاده بالفعل من غیر اعتبار سبب خاص فیه، کان له إنشاءه بالشرط فی ضمن عقد آخر، إذ لا یعتبر فی الإنشاء إلا الاعتبار النفسانی المقرون بالمبرز خارجا کیف ما کان و من غیر تقیید بکونه إنشاء مستقلا أو شرطا فی ضمن عقد من العقود.

و هو

متحقق فی المقام، فإنه لا یعتبر فی عقد الرهن إنشاءه بالصیغه و اللفظ فضلا عن اعتبار صیغه خاصه فیه، بل یکفی فی تحققه مجرد اعتباره فی النفس مع إبرازه بمبرز ما و لو کان هو الشرط فی ضمن العقد.

نعم هذا لا یجری فی العقود التی یعتبر فی إنشائها لفظا مخصوص کالنکاح و الطلاق و نحوهما، فلا یصح إنشاؤها باشتراطها فی ضمن عقد آخر علی نحو شرط النتیجه.

ثم ان کلام الماتن (قده) و ان کان مختصا باشتراط المضمون له الرهانه علی الضامن بحیث لم یکن یقبل بضمانه إلا بها- کما یظهر ذلک من قوله (قده): «فیرهن بعد الضمان»- إلا أن الظاهر

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۶۲

[(مسأله ۲۳): إذا کان علی الدین الذی علی المضمون عنه رهن فهل ینفک بالضمان أو لا؟]

(مسأله ۲۳): إذا کان علی الدین الذی علی المضمون عنه رهن فهل ینفک بالضمان أو لا؟ یظهر من المسالک و الجواهر انفکاکه (۱)، لأنه بمنزله الوفاء. لکنه لا یخلو عن اشکال. هذا مع الإطلاق، و أما مع اشتراط البقاء

عدم اختصاص الحکم به و جریان الکلام بعینه فی اشتراط الضامن الرهانه علی المضمون عنه بحیث لا یقبل بضمان دینه إلا بعدها، فیجری فیه ما تقدم فی الفرض الأول من التفصیل بین شرط الفعل و شرط النتیجه.

(۱) و هو الصحیح: لتعدد الدین فی المقام، فان ما فی ذمه الضامن من الدین لیس هو ما کان فی ذمه المضمون عنه قبل الضمان، بل هما فردان متغایران غایه الأمر ان أحدهما یقوم مقام الآخر بمعنی سقوط دین المضمون عنه و انعدامه بإزاء حدوث الدین الجدید فی ذمه الضامن.

و التعبیر بانتقال الدین من ذمه المضمون عنه إلی ذمه الضامن تعبیر مسامحی جزما فان الموجود فی ذمته بالفعل لیس هو الدین الأول و الذی

كان ثابتا فى ذمه المضمون عنه بحيث يكون قد انتقل من مكان إلى آخر، و إنما هو فرد جديد وجد بعد انعدام الأول و سقوطه.

و حيث ان الرهن انما كان بإزاء الأول و المفروض ارتفاعه و سقوطه فلا محيص عن القول بانفكاكه و ارتفاعه أيضا لانتفاء موضوعه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۶۳

أو عدمه فهو المتبع (۱).

[(مسأله ۲۴): يجوز اشتراط الضمان فى مال معين على وجه التقييد]

(مسأله ۲۴): يجوز اشتراط الضمان فى مال معين على وجه التقييد (۲).

و لعل الى هذا يشير صاحب الجواهر (قده) بقوله: «لان الضمان أداء» فإنه أداء بلحاظ انتفاء الدين الأول و ارتفاعه فلاحظ.

(۱) لعموم أدله الوفاء بالشرط.

(۲) لم يظهر معنى متحصل للتقييد فى المقام، لأنه ان رجع إلى نفس الضمان و اشتغال الذمه بهذا المال بخصوصه و دون غيره، بحيث يجعل الضامن اشتغال ذمته مشروطا و منوطا بهذا المال.

ففيه: انه لا معنى لتقييد ما فى الذمه بالأمر الخارجى، فإنهما أمران متغايران لا يصلح كل منهما مقيدا للآخر.

و ان رجع إلى تعليق الضمان بالأداء من هذا المال المعين، أو بجعل المضمون له قبوله للضمان معلقا على ذلك، فهو و ان كان ممكنا فى حد ذاته و معقولا فى نفسه، الا أنه باطل جزما لرجوعه الى تعليق الضمان به و هو مبطل إجماعا.

و بعباره اخرى: ان تقييد شى ء بشى ء انما يصح فيما كان من قبيل تقييد الكليات بالأفراد أو الحالات، فلا يصح فى الأمور الأجنبيه المتباينه فإنه لا معنى للتقييد فيها إلا التعليق فى الإيجاب أو القبول و هو مبطل فى حد نفسه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۶۴

أو على نحو الشرائط فى العقود من كونه من باب الالتزام فى الالتزام (۱) و حينئذ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال

(۲) بمعنى صرفه فيه و على الأول: إذا تلف ذلک المال يبطل الضمان (۳) و يرجع المضمون له على المضمون عنه. كما أنه إذا نقص يبقى الناقص فى عهدته.

و على الثانى: لا يبطل بل يوجب الخيار (۴) لمن له

و ان رجع الى تقييد ما ينتقل إلى ذمته- المضمون- بحيث يجعله مقيدا بذلک الشى ء، فهو كسابقه فان ما فى الذمه أجنبى عن الأداء الذى هو فعل خارجى فلا يمكن تقييده به.

و الحاصل: ان التقييد لما كان فى قبال الإطلاق باعتبار انه عباره عن جعل المطلوب حصه خاصه منه، فلا يصح الا فى مورد يصح فيه الإطلاق، و حيث ان إطلاق ما فى الذمه بالقياس الى الفعل الخارجى غير متصور لكونه أجنبيا عنه فلا يمكن تقييده به.

(۱) بان يكون التزامه بالأداء من المال المعين فى ضمن التزامه بالضمان المطلق.

(۲) لعموم أدله وجوب الوفاء بالشرط.

(۳) بل قد عرفت بطلانه حتى مع بقاء المال لعدم رجوع التقييد فى مثل المقام الى معنى محصل.

(۴) الا انه على خلاف المرتكزات العرفيه فى مثل هذه الموارد

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۶۵

الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما. و مع النقصان يجب على الضامن الإتمام (۱) مع عدم الفسخ و أما جعل الضمان فى مال معين من غير اشتغال ذمه الضامن، بان يكون الدين فى عهده ذلک المال، فلا يصح (۲).

فإنها إنما تساعد على رجوع الشرط هذا إلى التزام الطرف المقابل به و جواز إلزامه على تقدير تخلفه عنه- كما هو الحال فى الشرط فى عقد النكاح- من غير ان يرجع إلى جعل الخيار فى شى ء.

على ان جعل الخيار غير متصور فى الضمان، لما عرفته من عدم قابليته له نظرا

لتجاوز الحق فيه لطرفيه.

إذن: فالصحيح ان تلف المال المعين على تقدير الاشتراط كما لا يوجب بطلان العقد لا يوجب ثبوت الخيار لمن الشرط له، و انما غايه ما هناك وجوب الوفاء عليه بالشرط و أداء الضمان من ذاك المال المعين ما دام موجودا فإذا تلف اداه من غيره لتعذر الأداء من المعين.

(۱) لانه ضامن لجميع الدين على نحو الإطلاق. غايه الأمر انه كان متعهدا بأداءه من المال المعين فإذا تلف بعضه رجع فيه بخصوصه إلى غيره لتعذر أداء ذلك المقدار من المال المعين.

(۲) لاستلزامه انتفاء حق المضمون له بالمره و فراغ ذمتى الضامن و المضمون عنه معا قبل أداء الدين و هو غير معقول، لأننا إذا فرضنا فراغ ذمه المضمون عنه بأصل الضمان، و ذمه الضامن لعدم اشتغالها

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۶۶

[(مسأله ۲۵): إذا إذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه]

(مسأله ۲۵): إذا إذن المولى لمملوكه فى الضمان فى كسبه، فان قلنا ان الضامن هو المولى- للانفهام العرفى (۱) أو لقرائن خارجيه- يكون من اشتراط الضمان فى مال معين و هو الكسب الذى للمولى، و حينئذ فإذا مات العبد تبقى ذمه المولى مشغوله ان كان على نحو الشرط فى ضمن العقود (۲) و يبطل ان كان على وجه التقييد (۳) و ان انعتق يبقى

بشى ء نظرا لكون الضمان فى نفس العين، و هى ما لم تؤد باقيه على ملك مالكها، لزم منه انتفاء دين المضمون عنه لخلو الذمتين و العين الخارجيه عنه، و هو أمر لا محصل له و لا يمكن فرضه فى الخارج.

و الحاصل: انه لا بد فى الضمان من فرض اشتغال ذمه أحد بالدين قبله و بعده، فلا يصح فرضه فيما كان لازمه براءه الذمتين معا.

(۱) نظير أمره له

بالاستدانه، حيث يفهم العرف منه كونه هو المستدين و كأنه هو المباشر له.

(۲) لثبوته فى ذمته من بادئ الأمر، و تعذر الشرط لا يوجب السقوط. فيجب عليه أداءه من سائر أمواله كما هو واضح.

(۳) تقدم الكلام فيه فى المسأله السابقه، و قد عرفت ان التقييد فى مثل هذه الموارد لا يرجع إلى معنى محصل الا التعليق المبطل للعقد فى حد نفسه، و من هنا فلا بد من حمله على الاشتراط لا محاله.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۶۷

وجوب الكسب عليه (۱). و ان قلنا ان الضامن هو المملوك، و أن مرجعه الى رفع الحجر عنه بالنسبه إلى الضمان، فإذا مات لا يجب على المولى شى ء (۲)، و تبقى ذمه المملوك مشغوله يمكن تفريغه بالزكاه و نحوها. و ان انعتق يبقى الوجوب عليه (۳).

---

(۱) عملا بمقتضى الشرط- كذا قيل-، الا أنه مشكل جدا و الظاهر ان حال العتق حال الموت، فكما ينقطع سلطان المولى عن العبد و منافعه بالموت فكذلك ينقطع بالعتق، فما يكسبه العبد بعد ذلك انما هو له و ملكه و لا سلطان لمولاه عليه.

و من هنا فلا وجه لإلزامه بأداء دين مولاه السابق من ممتلكاته الخاصه.

بل الظاهر كون المولى هو المطالب بالدين فلا بد له من أداءه من ماله، و جواز أداءه من كسب العبد انما كان ثابتا له باعتبار ملكيته له و لمنافعه، فإذا انتفى ذلك بالعتق و التحرر فلا مجال للحكم ببقاءه أيضا فإنه لا يكون الا من أداء الدين بمال الغير.

(۲) لكون المولى أجنبيا عنه فلا يلزم به، كما هو الحال فى سائر ديون العبد و ضماناته غير العقديه.

(۳) فيجب عليه الاكتساب و الخروج عن عهده المال عملا بالشرط و

تفريغا لذمته.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۶۸

[(مسأله ۲۶): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد]

(مسأله ۲۶): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد (۱) فاما ان يكون على التعاقب، أو دفعه. فعلى الأول:

الضامن من رضى المضمون له بضمانه (۲) و لو أطلق الرضا بها كان الضامن هو السابق. و يحتمل قويا (۳) كونه كما إذا ضمنا دفعه، خصوصا بناء على اعتبار القبول من المضمون له، فإن الأثر حاصل بالقبول نقلا لا كشفا.

---

(۱) الظاهر كون مفروض الكلام فى ضمان الاثنين أو الأزيد لواحد على نحو الاستقلال، لا ضمان المجموع- كما لا يبعد دعوى كونه هو المتعارف فى الخارج- و الا فلا ينبغى الإشكال فى صحته لرجوعه إلى ضمان بعض الدين من قبل كل منهما و هو صحيح جزما، فيتعين تقسيط المال عليهم بالنسبه و عدم جواز رجوع المضمون له على أحدهم بتمامه.

(۲) لاعتبار رضاه فى تحقق الضمان جزما و ان لم نقل باعتبار قبوله.

(۳) بل هو المتعين، فان الضمان انما يتم برضاه أو قبوله، فقبله لا ضمان و عند تحققه يكون نسبته إليهما على حد سواء، فيجرى فيه ما يجى ء فى ضمانهما دفعه و الحاصل: ان حال هذه الإجازه حال اجازه المالك للعقدين الفضوليين الواقعين على ماله على التعاقب، حيث يحكم ببطلانهما معا و من غير ان يكون لسبق إيجاب أحدهما على الآخر أثر، فإن الأثر انما هو لسبق العقد على غيره لا سبق إيجابه على إيجاب غيره،

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۶۹

و على الثانى: ان رضى بأحدهما دون الآخر فهو الضامن (۱) و ان رضى بهما معا ففى بطلانه- كما عن المختلف و جامع المقاصد و اختاره صاحب الجواهر- أو التقسيط بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث- ان كانوا ثلاثه- و

هكذا. أو ضمان كل منهما، فللمضمون له مطالبه من شاء- كما فى تعاقب الأيدى- وجوه أقواها: الأخير (۲). و عليه: إذا أبرء

من غير فرق فى ذلک بين القول بالنقل- كما هو الصحيح فى المقام- أو الكشف- كما هو الصحيح فى باب الإجازه- بناء على ما اخترناه من الكشف الحكمى، فإن الحكم انما يكون من الآن.

نعم بناء على القول بالكشف الحقيقى و جعل القبول معرفا محضا يمكن القول بصحه السابق خاصه، الا أنه احتمال غير وارد على ما عرفته فى محله.

(۱) لتماميه الضمان بالنسبه إليه دون صاحبه.

(۲) بل الأول، إذ الثانى لا وجه له بالمره. فإن الضمان انما تعلق بتمام المال فلا وجه للحكم بصحه كل منهما فى مقدار و البطلان فى مقدار آخر، فإنه ليس الا التفكيک فى مدلول كل عقد بلا مبرر.

و أما الأخير فهو و ان كان معقولا فى حد نفسه و ممكنا بحسب مقام الثبوت، فإنه و كما يمكن تصوره فى الأحكام التكليفيه- الواجب الكفائى- يمكن تصوره فى الأحكام الوضعيه أيضا، الا ان الكلام فى الدليل عليه فى مقام الإثبات، فإنه لا دليل عليه بالمره.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۷۰

....

و قياسه على ضمان الأعيان و المنافع باطل، فان متعلق الضمان فى باب تعاقب الأيدى لما كان هو العين كانت مسئوليتها و بفضل عموم على اليد على من يأخذها و تصل إليه، فهى فى عهده كل من يأخذها و يكون مسئولا عنها- على ما ذكرناه فى معنى ضمان الأعيان-، و من هنا فإن أمكن ردها وجب و الا تعين رد بدلها مثلا أو قيمه.

و نسبه هذا المعنى إلى جميع الأيادى سواء، فإنه و بمقتضى عموم على اليد، ثابت على الأخير على حد

ثبوته على الأول، فإذا أدى أحدهم بدلها ملك العين التالفه بالسيره العقلائيه.

و من هنا يكون له الرجوع على من تأخر عنه دون من تقدم عليه لأنها انتقلت منه اليه فلا معنى لرجوعه عليه ببدلها أيضا، و أين هذا من ضمان ما فى الذمه، حيث لا- دليل على انتقال المال الواحد إلى ذمتين معا بحيث يكون ماله الواحد ثابتا فى كل من الذمتين أو الذمم على نحو الاستقلال بان يكون له الرجوع إليهما معا و مطالبه كل واحد منهما بتمام ماله فى عرض مطالبته للآخر.

و بعباره أخرى: لا دليل على تضاعف دين المضمون له و ثبوته فى كل من الذمتين، بل ان ثبوته فى كل منهما ملازم لبراءه ذمه الآخر.

و اما ثبوته فى ذمتهما على نحو البدل، نظير الواجب الكفائى، فلم يدل على صحته دليل فان الضمان على البدل كالوجوب على البدل انما يتصور على نحوين لا ثالث لهما- على ما ذكرناه مفصلا فى مبحث

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۷۱

....

الواجب الكفائى من المباحث الأصوليه.

الأول: ان يكون المخاطب و المكلف به هو الجامع، فان الواجب لما كان من الأمور الاعتباريه صح توجيهه إلى الجامع كما يصح تعلقه به كما هو الحال فى موارد الواجبات التخييريه.

الثانى: ان يكون الخطاب متوجها إلى كل واحد منهما على نحو الواجب المشروط، بحيث يكون كل واحد منهما مخاطبا به على تقدير عدم إتيان الغير به. فيرجع الوجوب الكفائى إلى الوجوب المشروط.

و هذان المعنيان كما يمكن تصورهما فى الأحكام التكليفيه يمكن تصورهما فى الأحكام الوضعيه أيضا، فيكون المخاطب بالضمان هو الجامع أو كل منهما على تقدير عدم أداء الآخر.

الا أن الكلام فى إثباته بالدليل، و الظاهر عدم إمكان إثبات شى ء منهما،

اما الأول: فواضح، فان الضمان انما صدر من كل منهما بشخصه فلا وجه لإثباته للجامع.

فالذى صدر منه الضمان- الفرد- لم نقل بضمانه على الفرض.

و الذى نقول بضمانه لم يصدر منه ضمان، فلا وجه للالتزام به.

و أما الثانی: فالأمر فيه كسابقه، فإن المنشأ من قبل كل من الضامنين انما هو الضمان المطلق دون المقيد بعدم أداء غيره، فحمله عليه إمضاء لما لم ينشأه نظير ما ذكرناه فی كتاب الإجاره فيما إذا آجر من يجب الحج عليه نفسه للحج نيابه عن غيره، حيث حكمنا

المضمون له واحدا منهما بری ء دون الآخر (۱) إلا إذا علم أرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمه ذلک الواحد.

فيه ببطلان الإجاره، باعتبار انه و ان أمكن تصور ذلک صحيحا على نحو الترتب الا- أنه خلاف ما أنشأه المنشأ، فيكون من مصاديق ما أنشأ لم يمض شرعا و ما يمكن إمضاءه لم ينشأ.

على اننا لو فرضنا التصريح بالثانی- أعنی الضمان على تقدير عدم أداء الآخر- لم ينفع ذلک، لاستلزامه التعليق المبطل للعقود.

إذن: فلا دليل على صحه الضمان البدلی بجميع تقاديره.

فإن غايه أدله الضمان إثبات صحه انتقال الدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، و اما انتقاله من ذمته إلى ذمه ما و من غير تعيين فلم يدل على صحته دليل.

و الحاصل: ان القول بانتقال الدين الواحد إلى الذمتين معا و جمعا غير ممكن، و إليهما على البدل و ان كان ممكنا إلا انه لا دليل عليه.

و من هنا: فيتعين القول الأول و الحكم بالبطلان فيهما معا كما ذهب اليه غير واحد من الأصحاب.

(۱) و هو يناقض ما تقدم منه (قده) فی المسأله الثالثه من الحكم ببراءه

الذمتين على تقدير القول بان الضمان ضم ذمه إلى ذمه.

و كيف كان: فبراءه الـذمتين معا بإبراء إحـداهما هو الصـحيح لما عرفته فى تلك المسأله من رجوع الإبراء إلى إسـقاط الـدين و رفع اليد

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۷۳

[(مسأله ۲۷): إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه]

(مسأله ۲۷): إذا كان له على رجلين مال، فضـمن كل منهما ما على الآخر بإذنه، فإن رضـى المضـمون له بهما صح (۱)، و حينئذ فإن كان الـدينان متماثلين جنسا و قدرا تحول ما على كل منهما إلى ذمه الآخر. و يظهر الثمر فى الإعسار و اليسار (۲) و فى كون أحـدهما عليه رهن دون الآـخر، بنـاء على افتكـاك الرهن بالضـمان. و ان كانا مختلفين قـدرا أو جنسا أو تعجيلا و تأجيلا أو فى مقدار الأجل فالثمر ظاهر. و ان رضى المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه (۳) و حينئذ فإن أدى الجميع رجع على الآخر بما أدى، حيث ان المفروض كونه مأذونا منه.

عنه أساسا لا خصوص الضم فقط فراجع.

(۱) لتماميه الضمان فى كل من الجانبين.

(۲) بنـاء على ما ذهب اليه المشـهور و اختاره هو (قـده) من ثبوت الخيار للمضـمون له عنـد ظهور إعسار الضامن حين الضـمان، فإنه- و على هـذا التقـدير- لو ظهر إعسار أحـد الضامنين، كان للمضـمون له فسخ ضـمانه خاصه و بذلك يثبت المال بتمامه فى ذمه صاحبه.

إلا إنك قد عرفت فى محله عدم تماميه هذا القول.

(۳) اما دين نفسه فلعدم صحه ضمانه من قبل صاحبه نظرا لعدم قبول المضمون له به، و أما دين صاحبه فلصحه ضمانه له.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۷۴

و ان أدى البعض، فان قصد كونه مما عليه أصلا أو مما عليه ضمانا فهو المتبع (۱)

و يقبل قوله ان ادعى ذلك (۲) و أن أطلق و لم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط. و يحتمل القرعه. و يحتمل كونه مخيرا فى التعيين بعد ذلك و الأظهر الأول (۳).

---

(۱) فإن المال ماله و الولايه فيه له، فله ان يعين اى الدينين شاء.

(۲) للسيره العقلائيه القطعيه على قبول قول من له الولايه على شى ء فيه، و المعروفه اختصارا فى كلماتهم بقاعده:« من ملك شيئا ملك الإقرار به».

نعم لو كذبه المضمون عنه انتهى الأمر إلى الترافع لا محاله.

(۳) بل هناك احتمال رابع هو أظهر الكل، و حاصله: احتسابه عما فى ذمته بالأصاله خاصه و عدم رجوعه بشى ء منه على المضمون عنه.

و الوجه فيه: ان اشتغال الذمه بواجبين متماثلين- سواء فى ذلك الواجبات التكليفيه و الوضعيه- يكون على أنحاء:- فقد يفرض عدم وجود الخصوصيه لهما معا، بان يكون المطلوب من المكلف هو فردان من الطبيعى من غير تقييد بهذا أو ذاك أو تمايز بينهما، نظير من فاته يومان من رمضان أو صلاتان متماثلان من يومين أو كان عليه دينان لشخص واحد، بأن يكون قد استقرض منه مرتين.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۷۵

....

حيث لا مائز بين الواجبين فى هذه الموارد بحسب الواقع و علم اللّه، بل الواجب عليه هو فردان من طبيعى ذلك الواجب من غير تحديد بأحدهما دون الآخر.

و قد يفرض وجود الخصوصيه لأحدهما دون الآخر كما لو كان عليه صيام يومين يوم عما فاته فى السنه السابقه و يوم عما فاته من السنه التى هو فيها، حيث ان الأول لا خصوصيه له فى حين أن من خصوصيه الثانى وجوب الفديه عند عدم الإتيان به الى رمضان القادم.

و كذا الحال فى دينين بإزاء أحدهما رهانه،

حيث يكون من خصوصيه ما بإزائه رهانه افتكاك الرهانه باداءه فى حين لا خصوصيه فى أداء صاحبه.

و قد يفرض وجود الخصوصيه لهما معا، بان يكون المطلوب منه هو الفردين الممتازين أحدهما عن الآخر. كما لو كان عليه صيام يومين يوم عن الكفاره و الآخر قضاء أو كان كل منهما نيابه عن شخص معين.

و عليه: فإذا أتى المكلف بأحد الواجبين الثابتين فى ذمته من غير تعيين له و قصد اليه بحسب الواقع:- فان كان من قبيل الأول، سقط الواحد لا- بعينه و بقى الآخر لا بعينه، إذ لا خصوصيه تميز أحدهما عن صاحبه، و الجامع قابل للانطباق على كل منهما، فيسقط أحدهما لا محاله و يبقى الآخر، فلو كان قد صام يوما من اليومين أو أدى أحد الدينين سقط يوما و بقيت

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٧۶

....

ذمته مشغوله بيوم آخر، و كذا الدين، و ان كان من قبيل الثانى: تعين الاحتساب عما لا خصوصيه فيه و بقاء الذمه مشغوله بذى الخصوصيه، نظرا الى ان الاحتساب من الأول لا- يحتاج إلا- إلى قصد أصل الطبيعى و هو حاصل، بخلاف الثانى حيث يحتاج الاحتساب عنه الى قصد الخصوصيه و هو مفقود.

و بعباره أخرى: ان الاحتساب عن ذى الخصوصيه لا يكون الا مع قصده بعينه فإنه من الأمور القصديه و ما لم يقصد لم يسقط امره و لم يتحقق امتثاله، بخلاف صاحبه حيث لا يتوقف احتسابه عنه على قصد زائد عن قصد أصل الطبيعى.

فالجامع ينطبق على ما لا خصوصيه فيه من الواجبين قهرا لكفايه القصد إلى أصل الطبيعى فيه، و لا ينطبق على ما فيه الخصوصيه لعدم قصدها.

و ان كان من قبيل الثالث: اختلف الحال فيه بالنظر

إلى ما يقبل التقسيط و ما لا يقبله.

ففى الأول يتعين التقسيط كما لو ضمن لشخص دينين له على رجلين، فأدى مقدارا منه. فإنه يحسب منهما لا محاله و ان لم يكن قد قصد احدى الخصوصتين حين الأداء، فإن دفعه عما فى ذمته من قصد المجموع قهرا، لانه لم يدفعه تبرعا و مجانا. فليس هذا فى الحقيقه من عدم قصد الخصوصيه، بل هو من قصد الخصوصيتين

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۷۷

و كذا الحال فى نظائر المسأله (۱) كما إذا كان عليه دين

معا، فيحسب عليهما لا محاله.

و فى الثانى يتعين الحكم بالبطلان لعدم إمكان الاحتساب عليهما بالنسبه و بطلان الترجيح بلا مرجح، كما لو كان عليه صوم يومين عن شخصين فصام يوما واحدا من غير تعيين للمنوب عنه، فإنه لا محيص عن الحكم ببطلانه لعدم قابليته للتقسيط بينهما.

إذا عرفت ذلك كله فحيث ان ما نحن فيه- أداء الضامن المديون لبعض المجموع من غير تعيين- من قبيل القسم الثانى- أعنى وجود الخصوصيه فى أحدهما خاصه- باعتبار ان ثبوت الرجوع على المضمون عنه من خصوصيات الأداء عنه، تعين الحكم فيه بالاحتساب عن نفسه و جعله بتمامه وفاء عن دينه لعدم احتياجه إلا الى أصل قصد الطبيعى. بخلاف الأداء عن الغير حيث يتوقف على قصد الخصوصيه.

و الحاصل: ان الجامع منطبق على دينه الأصلى انطباقا قهريا فيكون ما أداه وفاء عنه و تبقى ذمته مشغوله بالدين الضمانى. لان انطباقه عليه يحتاج الى القصد و هو مفقود.

و من هنا يظهر انه لا وجه فى المقام للقول بالتقسيط أو القرعه أو الرجوع فى التعيين اليه، لانتفاء موضوعها بعد تعين الاحتساب عليه قهرا.

(۱) ظهر الحال فيها مما تقدم، فان ما ذكرناه من

القاعده سياله فيها اجمع.

و عليه رهن و دين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما أو كان أحدهما من باب القرض و الآخر ثمن المبيع، و هكذا. فان الظاهر فى الجميع التقسيط. و كذا الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار احد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلى. و يقبل قوله إذا ادعى التعيين فى القصد (۱) لأنه لا يعلم الا من قبله.

[(مسأله ۲۸): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه]

(مسأله ۲۸): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه (۲) كما لا يشترط العلم بمقداره (۳) فلو ادعى رجل على آخر دينا فقال: «على

---

(۱) بالسيره العقلائيه القطعيه- على ما تقدم.

(۲) على ما هو المعروف و المشهور بين الأصحاب. و قد نسب الخلاف فيه إلى بعض بدعوى استلزامه الغرر المنفى.

إلا إنك قد عرفت فى المسأله الأولى من هذا الكتاب الاشكال منا فى عموم دليل القاعده لغير البيع، و فى صدق الغرر فى المقام فراجع.

هذا مضافا إلى رجوع الشك فى المقدار إلى الشك فى أصل الوجود بالنسبه إلى الزائد، فإذا صح الضمان فى الأول صح فى الثانى أيضا، و لا وجه للتفكيك بينهما.

(۳) لعمومات أدله الضمان، على ما تقدم بيانه فى المسأله الاولى من الكتاب.

ما عليه» صح. و حينئذ فإن ثبت بالبينه يجب عليه أداؤه سواء كانت سابقه أو لاحقه (۱)، و كذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان، أو باليمين المردوده (۲) كذلك (۳) و أما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردوده فلا يكون حجه على الضامن إذا أنكره (۴) و يلزم عنه بأداءه فى الظاهر (۵) و

---

(۱) لعدم اختصاص حجيه البينه بما يكون قبل الضمان.

(۲) من المضمون عنه- المنكر- على المضمون له- المدعى.

(۳) أى قبل الضمان.

(۴) اما الأول: فلاختصاص حجيته بالمقر دون غيره فما يكون عليه يلزم بإقراره، و اما ما يكون له أو على غيره فلا أثر لإقراره و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث ان إقراره انما هو فى حق الغير فلا وجه للقول بنفوذه.

و أما الثانى: فلاختصاص أثره و حجيته بمن رد اليمين على الحالف فهو الملزم بمقتضى اليمين دون غيره.

(۵) اى يلزم المضمون عنه أداء المال إلى المضمون له عن الضامن ظاهرا.

و قد أورد عليه فى بعض الكلمات بما حاصله نفى المقتضى لهذا اللزوم، باعتبار ان إقراره هذا كالعدم للقطع بفراغ ذمته و عدم

له فى ثبوت الدين أو فى مقداره، فأقر الضامن أو رد اليمين على المضمون له فحلف، ليس له الرجوع على

اشتغالها بشى ء لأنه ان كان كاذبا فى إقراره فالأمر واضح فإنه برى ء الذمه قبل الضمان و بعده، و ان كان صادقا فقد برئت ذمته بانتقال ما فيها إلى ذمه الضامن بحكم الضمان.

و من هنا فمطالبه المضمون له بالمال و أخذه منه ليس الا من أخذ ما يعلم بعدم استحقاقه له.

و فيه: انه يمكن تقريب ما أفاده الماتن (قده) بأحد وجهين:- الأول: ان إقراره لما كان حجه فى ثبوت الدين عليه أولا لزمه أداءه، نظرا إلى ان الضمان و ان اقتضى نقله إلى ذمه الضامن الا أنه لما لم يكن إثبات الدين فى حال سابق على الضمان بدليل معتبر و من ثم لم يكن الضامن ملزما بأداءه، كان لازم سقوطه من المضمون عنه أيضا

ذهاب مال المسلم هدرا و هو أمر لا يمكن المصير إليه فإن ماله كدمه لا يذهب هدرا.

و من هنا فلا- بد للمضمون عنه المعترف بثبوت الدين عليه أولا- الخروج عن عهدته و حيث لم يكن بدفعه عن نفسه مباشره لاعتراف المضمون له ببراءه ذمته فلا بد له من دفعه وفاء عن الضامن، حيث به يصل المال إلى صاحبه.

الثانى: الالتزام بفساد الضمان، فيبقى الدين على حاله ثابتا فى

المضمون عنه إذا كان منكرا (۱) و ان كان أصل الضمان باذنه. و لا بد فى البينه المثبته للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت و لم يعلم

ذمه المدين الأول و من هنا فيجب عليه الأداء وفاء.

و ذلك: لا لأجل توقف صحه الضمان على العلم بالدين، فإنه أمر غير صحيح، بل لإناطه صحه الضمان بثبوت الدين شرعا كاناطتها بثبوته الواقعی- و هو غير قادح لكونه تعليقا على ما يتقوم به- فإنه ليس إلا أخذه فى العهده و هو انما يكون فيما إذا ثبت وجوده شرعا، فما لم يثبت ذلك لم يكن المعلق عليه الضمان حاصلا فيحكم بفساده.

و هذا الاحتمال و ان كان هو الأوجه، الا ان من غير الخفى كون الأول هو الأوفق بعبارته (قده).

(۱) لعدم نفوذ إقرار الضامن أو يمينه المردوده على خصمه فى المضمون عنه.

ثم ان اختلاف الضامن و المضمون له فى أصل ثبوت الدين و إنكار المضمون عنه لذلك بعد ثبوته بإقرار الضامن أو اليمين المردوده مع فرض كون الضمان بأمر المضمون عنه انما يتصور فى موارد الأذن فى الضمان على نحو كلى بان يقول المضمون عنه للضامن: «اضمن عنى ديونى» فإنه حينئذ يمكن

فرض إنكار المضمون عنه لدين معين مع كون أصل الضمان عن إذنه، و إلا فلو كان الاذن شخصيا بأن

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۸۲

سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أداءه (۱).

[(مسأله ۲۹): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البينه»]

(مسأله ۲۹): لو قال الضامن: «على ما تشهد به البينه» وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام، لأنها طريق الى الواقع و كاشف عن كون الدين ثابتا حينه. فما فى الشرائع من الحكم بعدم الصحه لا وجه له، و لا للتعليل الذى ذكره بقوله: «لأنه لا يعلم ثبوته فى الذمه» (۲). الا ان يكون مراده فى صوره إطلاق

أذن له فى ضمان الدين المعين لم يكن لهذا البحث مجال إذ لا يمكن الجمع بين الاعتراف بأصل الدين الناشئ من إذنه فى ضمانه شخصيا مع إنكاره لأصله، و الحاصل: إن إذنه- المضمون عنه- فى ضمان الدين المعين الشخصى اعتراف منه به و بثبوته عليه، و معه فلا مجال لإنكاره له بعد ذلك.

(۱) إذ لا بد فى جواز الرجوع عليه و إلزامه بما ضمنه من ثبوت الدين فى ذمه المضمون عنه شرعا حال الضمان لينتقل به منها إلى ذمه الضامن.

(۲) حيث قد عرفت فى المسأله السابقه عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدين حين الضمان. فلا بأس فى الضمان على تقدير الثبوت، و لا يقدح التعليق فيه لكونه تعليقا على الموضوع و العنصر المقوم للمفهوم.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۸۳

البينه المحتمل للثبوت بعد الضمان (۱) و اما ما فى الجواهر من أن مراده بيان عدم صحه ضمان ما يثبت بالبينه من حيث كونه كذلك (۲)، لأنه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما فى ذمته

لتكون البينه طريقا (۳) بل جعل العنوان ما يثبت بها، و الفرض وقوعه قبل ثبوته بها.

فهو- كما ترى- لا وجه له (۴).

---

(۱) بمعنى إنشاء الضمان المتأخر من الآن، فإنه باطل جزما.

الا انه احتمال بعيد جدا عن ظاهر عبارته (قده) و خارج عن محل الكلام.

(۲) بمعنى تعلق الضمان بالدين المقيد بقيام البينه عليه، فإنه من ضمان ما لم يجب، باعتبار انه غير موجود حين الضمان و إنما يحدث عند قيام البينه عليه.

(۳) اى لم يجعل المضمون هو الدين الواقعى على إطلاقه مع جعل البينه كاشفه له، كى يقال انه كان ثابتا و موجودا حين الضمان، و انما جعل المضمون هو الدين المقيد بقيام البينه عليه و هو لا يعقل وجوده قبل قيام البينه عليه.

(۴) أما أولا: فلعدم انطباق ما ذكره (قده) على ما علل به المحقق (قده) الفساد فى الشرائع، فإنه (قده) انما علله بعدم العلم باشتغال ذمه المضمون عنه بالدين، فى حين ان مقتضى كلام

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۸۴

....

صاحب الجواهر (قده) كون اشتغال ذمه المضمون عنه بالدين حين الضمان معلوم العدم، لانه مقيد بقيام البينه و هو غير موجود حين الضمان.

و بعباره أخرى: ان تعليل صاحب الجواهر (قده) البطلان بكونه من ضمان ما لم يجب أجنبى عن عباره المحقق (قده) فلا مجال لحملها عليه.

و ثانيا: ان تعليل البطلان بكونه من ضمان ما لم يجب، غير صحيح فى نفسه و مع قطع النظر عن انطباقه على عباره المحقق (قده) و عدمه.

و ذلك: لعدم قابليه الدين الثابت فى الذمه للتقييد بقيام البينه عليه و عدمه، فان الدين الثابت فى الذمه فرد واحد للدين قد تقوم عليه البينه و قد لا تقوم، و ليس أحدهما

مغایرا للآخر کی یقال بان ما قامت علیه البینه لم یکن موجودا حین الضمان و ما کان موجودا حینه لم یتعلق به الضمان.

و بعباره اخری: ان قیام البینه علی الدین لا یجعل الفرد الواحد فردین مختلفین و متغایرین، بل هو فرد واحد یشتمل علی الوصف تاره و یفقده أخری.

فیکون هـذا الضـمان من ضـمان الـدین علی تقدیر ثبوته، فیحکم بصـحته لکونه من التعلیق علی أمر مقوم له، و لا وجه لان یقال بأنه

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۸۵

[(مسأله ۳۰): یجوز الدور فی الضمان]

(مسأله ۳۰): یجوز الدور فی الضـمان (۱)، بـان یضـمن عن الضامن ضامن آخر، و یضـمن عنه المضـمون عنه الأصـیل. و ما عن المبسوط من استلزامه صیروره الفرع أصلا و بالعکس (۲)، و لعـدم الفائده، لرجوع الدین کما کان. مدفوع: بأن الأول غیر صالح للمانعیه (۳)،

غیر موجود حین الضمان.

(۱) إذ لاـ فرق فی صـحه الضـمان- بحسب أدلته- بین دین و آخر سواء أ کـان ذلـک من جهه الشـراء أو القرض أو الإتلاف أو الضمان أو غیرها من الأسباب، فإن أدله الضمان شامله للکل علی حد سواء.

(۲) فـان المـدین الأـول- الأصـل- ینقلب فرعـا فی الضـمان الثـانی حیث یتلقی الـدین من الضـامن الأول، فی حین أن الفرع فی الأول- الضامن- یصبح أصلا لانتقال الدین منه الی الضامن الجدید- المضمون عنه الأول.

(۳) فإنه کلام صوری لا محصل له، فان انقلاب الفرع أصـلا و بالعکس لا یتصور فی معامله واحـده فإنهما من المتضادین و هما لا یجتمعان فی شخص واحد فی آن واحد و بالقیاس إلی معامله واحده و تصورهما فی معاملتین و ان کان أمرا ممکنا بأن یکون الأصل فی المعامله الأولی فرعا فی الثانیه، إلا انه لا محذور فیه

بالمره، فيجوز لمن باع داره من زيد ثم باعه زيد من عمرو ان يشتريه منه إجماعا

بل الثانی أیضا کذلک (۱). مع أن القاعده تظهر فی الإعسار و الیسار (۲)، و فی الحلول و التأجیل، و الأذن و عدمه. و کذا یجوز التسلسل بلا إشکال (۳).

[(مسأله ۳۱): إذا کان المدیون فقیرا یجوز أن یضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزکاه أو المظالم]

(مسأله ۳۱): إذا کان المدیون فقیرا یجوز أن یضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزکاه أو المظالم أو نحوها من الوجوه التی تنطبق علیه (۴)، إذا کانت ذمته مشغوله

و الحال انه موجب لاتصافه بالبائع و المشتری بلحاظ معاملتین.

(۱) فإنه کیف یمکن نفی الفائده فی الثانی مع استلزامه لاشتغال ذمه المضمون عنه الأول بالدین بعد ان کانت بریئه منه؟ فان ما یملکه المضمون له ینتقل الی ذمته و یکون هو الملزم به.

فهو نظیر ما لو اشتری داره ثانیا أو وهبه الموهوب له العین الموهوبه، و هل یصح ان یقال ببطلانهما لعدم الفائده فیهما؟!

(۲) بناء علی ما اختاره الماتن (قده) وفاقا للمشهور من ثبوت الخیار للمضمون له عند ظهور إعسار الضامن حین العقد.

و أما بناء علی ما اخترناه من عدم ثبوت الخیار، فلا مجال لهذه الثمره.

(۳) لما تقدم فی الدور بعینه، فان مقتضی أدله الضمان صحه ضمان کل دین مع قطع النظر عن منشأه و سببه.

(۴) و فیه ما لا یخفی، لانه (قده) ان أراد به کون الضمان

بها فعلا، بل و ان لم تشتغل فعلا، علی اشکال.

علی ما فی ذمته من الحقوق الشرعیه، بأن یکون الشخص بری ء الذمه و یکون المال هو المدین و المتعهد به.

فقد عرفت فساده فی کتاب الزکاه عند ما جوز الماتن (قده) الاقتراض

للزكاه للصرف فى الأمور الخيريه اللازمه فتكون هى المدينه و يؤدى دينها بعد ذلك مما يحصل منها.

حيث ذكرنا انه مما لا يمكن تصوره و تعقله، فان الـدين و المدين أمران متغايران لا يمكن اتحادهما. فمعنى الاسـتدانه لها كونها هى المدينه و المكلفه بالأداء بحيث يجب عليها الوفاء مما تملكه، و من الواضح ان هذا لا ينسجم مع كون الأداء من نفسها.

و بعباره أخرى: ان الحكم باشـتغال الحقوق الشـرعيه بالدين لا يتلائم مع الحكم بكون الأداء منها، فان مقتضى الأول كون الأداء من غيرها فى حين ان مقتضى الثانى كونها غير مدينه هى بنفسها، إذ لا يعقل اتحاد الدين و المدين.

و على هـذا الأساس كان التزامنا فى تلك المسأله بلا بديه اسـتدانه الحاكم لنفسه لكن لا بما هو هو و انما بما هو حاكم و ولى و صرفه فى الأمور اللازمه و من ثم تأديه دينه هذا من الزكاه.

و من هنا فلا يكون هو بما هو هو مشـغول الذمه بشـى ء، و لذا لا يخرج شـى ء من ذلك من تركته، بل يكون المقام و المنصـب هو

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۸۸

[(مسأله ۳۲): إذا كان الدين الذى على المديون زكاه أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعى]

(مسأله ۳۲): إذا كان الدين الذى على المديون زكاه أو خمسا جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعى (۱)

المتعهد بالدين.

على اننا لو تعقلنا الاستدانه للزكاه و قلنا بكونها أمرا ممكنا، فلا دليل على ثبوت الولايه لغير الحاكم فى ذلك.

و عليه فلاـ وجه لمـا ذكره (قـده) من جوازه لمن عليه الحق، فـإن غـايه دليله ثبوت الولاـيه له فى إخراجهـا و أداءها خاصه، و أما جعلها هى المدينه بحيث يكون الضمان فى عهدتها فلا دليل على ثبوت الولايه له فيه.

و تفصيل الكلام قد تقدم فى محله

من المباحث الزكاه فراجع.

و ان أراد به كون المكلف هو المتعهد بالدين بحيث يجعل نفسه هو مشغول الذمه به، لكن على ان يؤديه من الزكاه.

ففيه: انه لاـ يجوز له بـالمره، فإنهـا إنمـا تصـرف فى أداء دين الغارم الفقير، فلا موجب لأداء دينه منها مع كونه غنيا موسـرا، و ان كان المضمون عنه فقيرا، فان الدين بالفعل دينه لا دين المضمون عنه.

و بالجمله: فما أفاده (قده) من جواز الضمان عن الفقير بالوفاء من الحقوق الشرعيه، مما لا أساس له و لا يمكن المساعده عليه.

(۱) إذ لا يعتبر فى المضمون له كونه مالكا للمال، بل يكفى فيه كون

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۸۹

....

أمره بيده بحيث يكون نقله منوطا برضاه سواء أ كان مالكا أو وكيلا أو وليا.

و حيث ان الحاكم الشرعى ولى على الحقوق الشرعيه، كفى قبوله فى صحه الضمان و نقل الدين من ذمه إلى أخرى.

إلاـ ان هـذا الـذى أفاده (قـده) لا يتم على إطلاقه إلا فى بعض الموارد، فإنه إذا لم يكن الحق الثابت فى ذمه المـدين أمرا عباديا متوقفـا على قصـد القربه- كمـا هو الحـال فى الكفـارات و المظالم- تم ما ذكره (قـده) على إطلاقه، حيث يصـح ضـمان الغير له برضى الحاكم الشرعى مطلقا.

و أمـا إذا كـان الحق أمرا عباديـا متوقفا على قصـد القربه- كالزكاه و الخمس- فلا يتم ما ذكره (قـده) على إطلاقه، بل لا بـد من التفصيل فيه بين الضمان التبرعى و الإذنى، و الحكم بالبطلان فى الأول و الصحه فى الثانى.

و ذلك لما ذكرناه فى مبحثى الخمس و الزكاه من أن أداء دين الغير و ان لم يكن يتوقف على رضـى المـدين، فيصح أداء الغير و يكون مسقطا له

لعدم الدليل على اعتبار كون المؤدى هو المدين.

إلا أن هذا الكلام لا يتم فى الخمس و الزكاه و ما يشبههما من الحقوق الشرعيه باعتبار كونهما من الأمور العباديه، فلا بد فى أدائهما من استناد الفعل الى من وجب عليه الحق مع قصده للقربه، و من

بل و لآحاد الفقراء على اشكال (۱).

[(مسأله ۳۳): إذا ضمن فی مرض موته]

(مسأله ۳۳): إذا ضمن فی مرض موته، فان کان باذن المضمون عنه فلا إشكال فی خروجه من الأصل،

هنا فلا يصح التبرع بهما من الغير.

نعم تعتبر فيهما المباشره، فيجوز الإعطاء مع التسبيب و التوكيل فيأمر به قاصدا فيه القربه، كی يحصل المقومان معا- الاستناد اليه مع قصد القربه.

و عليه: ففيما نحن فيه- حيث يكون الدين أمرا عباديا- لا يصح الضمان التبرعی و لا يكون دفعه- الضامن- للمال مسقطا للواجب فی ذمه المديون، إذ لا يكفی فيه مجرد الأداء الخارجی، بل المعتبر هو الأداء المقرون بالاستناد اليه مع قصد القربه، و هو أمر غير متحقق.

نعم لو أمر بالضمان قاصدا القربه به صح و برأت ذمته بأداء الضامن لاستناد الفعل اليه.

و الحاصل: ان الصحيح هو التفصيل فی المقام بين الديون الشرعيه غير العباديه، فيصح ضمانها باذن الحاكم الشرعی مطلقا و الديون الشرعيه العباديه حيث يصح الأذنی منه دون التبرعی.

(۱) واضح، حيث لم يظهر لجوازه وجه أصلا، فإن آحاد الفقراء أجانب عن المال بالمره، و ليس لهم وكاله أو ولايه عليه فضلا

لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض و البيع بثمن المثل نسيئه (۱). و ان لم يكن بإذنه، فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات (۲). نعم على القول بالثلث يخرج منه.

[(مسأله ۳۴): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه]

(مسأله ۳۴): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه (۳) كما إذا كان عليه خياطه ثوب

عن ان يكونوا مالكين له، و لذا لا تجب إجابتهم عند طلبهم له.

و معه فكيف يمكن الحكم بصحه الضمان و انتقال المال من ذمه المدين إلى ذمه غيره، بلا فرق فى ذلك بين الديون العباديه و غيرها.

(۱) و غيرهما من

التصرفات المنجزه غير المبنيه على التسامح و النقيصه حيث تخرج من الأصل جزما، لكونه مالكا له و له التصرف فيه كيف شاء.

(٢) على ما حققناه مفصلا فى محله،

(٣) فإنه يعتبر فى الضمان قابليه انتقال الدين الثابت فى ذمه المديون إلى ذمه أخرى، إذ بدونها لا يتحقق مفهوم الضمان بالمعنى المبحوث عنه فى المقام، و حيث ان العمل المقيد بالمباشره غير قابل للانتقال إلى ذمه أخرى و صدوره من غير من اشترطت المباشره عليه، باعتبار ان العمل القائم بشخص الأجير مغاير للعمل الصادر من غيره فلا يصح ضمانه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ١٩٢

مباشره و كما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون (١)

و بعباره أخرى: إن الذى يقبل الانتقال من ذمه المدين إلى ذمه أخرى- و هو طبيعى العمل- غير ثابت فى ذمه المدين كى ينقل إلى ذمه غيره بالضمان، و ما هو ثابت فى ذمه المدين- و هو العمل المقيد بالمباشره غير قابل للانتقال إلى ذمه الغير و صدوره منه.

(١) فإنه غير قابل للانتقال إلى ذمه الغير، إذ لا يعقل اشتغال ذمه شخص بالأداء من مال غيره، فان اشتغال ذمه المكلف انما يقتضى كون الأداء من ماله، فاعتبار الأداء من غيره مناف لاشتغال ذمته به.

نعم لو رجع قبول المضمون له للضمان إلى إسقاط شرطه، بحيث وافق على انتقال أصل الدين إلى ذمه الضامن مجردا عن الشرط، فلا بأس بالالتزام بصحته.

و الحاصل: ان ضمان الدين المقيد بكون أداءه من مال معين للمديون، انما لا يصح فيما إذا أصر المضمون له- صاحب الشرط- على بقاء شرطه و عدم رفع اليد عنه، فإنه حينئذ يحكم ببطلانه لعدم قابليته للانتقال إلى ذمه الغير، و أما إذا وافق

على إسقاط شرطه و انتقال الدين مجردا عنه فلا مانع من الالتزام بصحته و ان كان أصل الدين مقيدا بالأداء من مال معين.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۹۳

و كذا لا يجوز ضمان الكلى فى المعين (۱)، كما إذا باع صاعا من صبره معينه، فإنه لا يجوز الضمان عنه و الأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبره موجوده.

[(مسأله ۳۵): يصح ضمان النفقه الماضيه للزوجه، لأنها دين على الزوج]

(مسأله ۳۵): يصح ضمان النفقه الماضيه للزوجه، لأنها دين على الزوج (۲)، و كذا نفقه اليوم الحاضر لها

---

(۱) فان المبيع عين خارجيه- و ان كانت كليه من حيث جواز تطبيق البائع له على أى جزء من الصبره شاء- فلا يقبل الانتقال إلى عين أخرى فضلا عن الذمه.

و بعباره أخرى: ان المبيع لما كان موجودا خارجيا- و ان لم يكن شخصيا حيث انه كلى لكنه مقيد بالموجود فى ضمن الصبره المعينه- لم يصح ضمانه لعدم ثبوت شى ء فى الذمه كى يقبل النقل إلى غيرها.

(۲) تنقسم النفقات إلى قسمين:- نفقه الزوجه و نفقه الأقارب.

و المعروف و المشهور فى الأولى بل لا يبعد دعوى الإجماع عليه كونها على نحو التمليك، بخلاف الثانيه حيث ان وجوبها حكم تكليفى محض لا يترتب على مخالفته غير العصيان و الإثم.

و يدل على الحكم فى الأولى مضافا إلى ما سيظهر من بعض النصوص

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۱۹۴

....

قوله «وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» «۱» فان الرزق عباره عما يرتزق به و اسم للعين الخارجيه مما يؤكل أو يشرب و الكسوه اسم لما يلبس، فيكون معنى الآيه الكريمه ان على الرجل الطعام و الشراب و اللباس بالمعروف.

و قد ذكرنا فى مبحث النفقات من كتاب النكاح ان متعلق «عليك أو عليه» أو

غيرهما مما يدل على الإلزام، إذا كان عينا خارجيا، كان معناه التمليک، فيقال: عليه الدينار أو الدرهم و ما شاكل ذلک.

و هذا بخلاف ما لو كان متعلقه الفعل كالصلاه و الصيام، فان ظاهره الإلزام به و وجوبه عليه تكليفا محضا لا غير.

و حيث ان الآيه الكريمه من قبيل الأول باعتبار أنها أثبتت نفس الأعيان الخارجيه على الرجل، كان ظاهرها ثبوت تلک الأعيان فى ذمته و هو ما يعنى ملكيه الزوجه لها عليه.

و تقدير الفعل فى الآيه الكريمه بدعوى كون المراد: عليه إعطاء الرزق و الكسوه، خلاف الظاهر و لا شاهد يعضده.

و احتمال كون الرزق و الكسوه مصدرين- كما جاء فى بعض الكلمات- بعيد غايته، فإن الأول من الأفعال المتعديه و مصدره الرزق- بفتح الراء- و أوضح منه فسادا الثانى فإنه اسم للعين و ليس بمصدر جزما، فان مصدره الكسو،

---

(۱) سوره البقره آيه ۲۳۳.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۹۵

....

إذن: فما ذهب اليه المشهور، بل لا يبعد دعوى عدم الخلاف فيه من ملكيه الزوجه لنفقتها هو الصحيح.

هذا كله فى الزوجه. و أما الأقارب فلا دليل على ملكيتهم لنفقتهم بالمره، حيث لم يرد فى شى ء من نصوصها ما يستفاد منه ذلک، بل الأمر بالعكس من ذلک حيث ان ظاهر نصوصها كون الإنفاق عليهم حكما تكليفيا محضا.

و عليه فلو عصى المكلف و لم ينفق عليهم لم يكن عليه غير الإثم و أما اشتغال ذمته بها لهم حتى لو مات أخرجت من تركته كسائر الديون الذى عليه فلا.

نعم ليس هذا الحكم التكليفى كسائر الأحكام التكليفيه بالمعنى الأخص و هو ما يصطلح عليه فى كلماتهم بالحكم، و إنما هو من الحقوق حيث يقبل الاسقاط كما هو الحال فى سائر موارد

الحقوق.

و من هنـا فلو امتنع من يجب عليه الإنفـاق منه جـاز لواجب النفقه رفع أمره إلى الحـاكم و له إجبـاره عليه فان امتنع جاز له الأخذ من ماله و الإنفاق على من تجب نفقته على الممتنع، لكونه ولى الممتنع.

إذا عرفت ذلـك كله، ظهر الوجه فى صـحه ضـمان النفقه الماضـيه للزوجه فإنها دين حقيقه ثابت فى ذمه الزوج بالفعل، فلا مانع من نقله بالضمان إلى ذمه غيره.

كما ظهر الوجه فى عدم جواز ضمان النفقه الماضيه للأقارب، إذ

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۱۹۶

إذا كانت ممكنه فى صبيحته، لوجوبها عليه حينئـذ (۱) و ان لم تكن مسـتقره لاحتمال نشوزها فى أثناء النهار، بناء على سـقوطها بذلك. و أما النفقه المسـتقبله فلا يجوز ضـمانها عندهم، لانه من ضمان ما لم يجب (۲) و لكن لا يبعد صحته (۳) لكفايه وجود المقتضى و هو الزوجيه، و أما

الإنفاق عليهم ليس إلا حكما تكليفيا محضا فلا يترتب على عصيانه ثبوته دينا فى ذمته.

(۱) بناء على ما هو المعروف و المشـهور بينهم من ملكيه الزوجه لنفقتها فى أول النهار، فإنه حينئذ يصح ضـمانها لثبوتها فى ذمته بالفعل.

و كـذا بناء على القول بملكيتها لنفقه كل وقت فى حينه بحيث تملك نفقه الصـبح صـباحا و نفقه الظهر عنـده و العشاء ليلا، فإنه يصح ضمانها فى حينها لثبوتها فى ذمه الرجل عند ذلك.

(۲) و حيث لا تملك الزوجه شيئا بالفعل فى ذمه زوجها، فهو غير مـدين إليها بالفعل كى يصح الضـمان و نقل ذلك الدين إلى ذمه غيره.

(۳) بـل هو بعيـد جـدا، بـل لم يظهر وجه لاحتمـال الصـحه فى المقام بالمره، فإن الضـمان- كما عرفته- نقل الـدين من ذمه إلى أخرى فما لم يكن

الدين ثابتا بالفعل فلا موضوع لنقله.

و بعباره أخرى: ان الضامن إن أنشأ اشتغال ذمته بالدين فعلا فهو غير صحيح لعدم ثبوته فى ذمه المضمون عنه كى ينقل الى ذمته، و ان

نفقه الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبه الى ما مضى، لعدم كونها دينا على من كانت عليه (۱). الا إذا أذن للقريب أن يستقرض و ينفق على نفسه (۲)، أو اذن له الحاكم فى ذلک (۳)، إذ حينئذ يكون دينا عليه و أما بالنسبه الى ما سيأتى فمن ضمان ما لم يجب مضافا الى ان وجوب الإنفاق حكم تكليفى و لا تكون النفقه فى ذمته. و لكن مع ذلک لا يخلو عن إشكال (۴).

أنشأ اشتغالها به عند اشتغال ذمه الزوج به فهو من التعليق الباطل.

و كيف كان: فمجرد وجود المقتضى للدين لا يصح ضمانه ما لم يكن هو ثابتا بالفعل فى الذمه.

و هذا قد تقدم الكلام فيه فى الشرط الثامن من شروط الضمان عند احتماله (قده) للصحه فى موارد وجود المقتضى خاصه فراجع.

(۱) على ما تقدم بيانه فى أول المسأله.

(۲) حيث يثبت الدين عليه بالاستقراض عن أمره، فيصح ضمانه من هذه الجهه لا من باب كون نفقه الأقارب قابله للضمان.

(۳) لكونه ولى الممتنع- كما عرفت- فيثبت الدين عليه و يصح ضمانه بهذا الملاک و إلا فأصل وجوب الإنفاق لا يخرج عن كونه وجوبا تكليفيا محضا.

(۴) إلا أنه ضعيف و موهون جدا، فان وجوب الإنفاق عليهم

[(مسأله ۳۶): الأقوى جواز ضمان مال الكتابه]

(مسأله ۳۶): الأقوى جواز ضمان مال الكتابه، سواء كانت مشروطه أو مطلقه، لأنه دين فى ذمه العبد (۱)، و ان لم يكن مستقرا لإمكان تعجيز نفسه. و

القول بعدم الجواز مطلقا (۲)، أو فی خصوص المشروطه (۳) معللا بأنه لیس بلازم و لا یؤول إلی اللزوم. ضعیف کتعلیله (۴)

لیس وجوبا تملیکیا، علی انه علی تقدیر تسلیمه من ضمان ما لم یجب.

(۱) فیصح نقله إلی ذمه غیره بالضمان، و بذلک ینعتق العبد لأنه أداء نظیر إبراء المولی له.

(۲) علی ما نسبه المحقق (قده) فی الشرائع إلی الشیخ (قده) فی المبسوط.

(۳) علی ما نسبه الشهید (قده) فی المسالک الیه.

(۴) أما التعلیل ففیه: منعه صغری و کبری، فإن المکاتبه بقسمیها لازمه من الطرفین فیجب علی العبد الکسب و لا یجوز له تعجیز نفسه.

نعم لو عجز انتقاما أو عصی فعجّز نفسه، رجع رقا کما کان إلا انه أجنبی عن القول بجوازه له ابتداء کما هو واضح.

علی انه لا دلیل علی اعتبار اللزوم فی الدین الثابت بالفعل، بل یصح ضمان الدین الجائز قطعا کما هو الحال فی موارد ضمان البیع الخیاری کبیع الحیوان و بیع الخیار.

و أما التعلیل الثانی، فغایه ما یقال فی تقریبه: أن الضمان و ان کان

و ربما یعلل: بان لازم ضمانه لزومه، مع أنه بالنسبه إلی المضمون عنه غیر لازم، فیکون فی الفرع لازما مع انه فی الأصل غیر لازم. و هو أیضا کما تری (۱).

یصح فی العقد الجائز، إلا أنه إنما یختص بما یؤول إلی اللزوم نظیر بیع الخیار و نحوه مما یرتجی لزومه فی زمان، فلا یصح فیما لا یرتجی لزومه أصلا کالمکاتبه المشروطه- بناء علی جوازها- فإنها لا تؤول إلی اللزوم أبدا، فإنها ما لم یؤد الدین جائزه و عند أداءه ینعتق العبد و ینتفی الموضوع من أساسه.

الا أنه لا یرجع إلی محصل و

لا دليل عليه بالمره، بل مقتضى عمومات الضمان بعد ثبوت أصل الدين صحته.

(۱) إذ قد عرفت أن الصحيح لزوم الأصل أيضا، و على تقدير تسليم جوازه فلا دليل على اعتبار عدم زياده الفرع على الأصل، بل الثابت خلافه فإنه يصح ضمان الموسر لدين المعسر و يجوز مطالبته به جزما و إن لم يكن يجوز مطالبه المضمون عنه به لإعساره.

و الحاصل: ان كل حكم تابع لموضوعه سعه و ضيقا، و ليس عدم زياده الفرع على أصله قاعده ثابته يجوز التعويل عليها في تخصيص عمومات الأحكام و إطلاقاتها.

بل ذكر في الجواهر أن الصحه هنا أولى منها في العقود الجائزه كبيع الخيار و نحوه، حيث لا- مجال- فيما نحن فيه- لإعمال الخيار

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۰۰

[(مسأله ۳۷): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعاله قبل الإتيان بالعمل]

(مسأله ۳۷): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعاله قبل الإتيان بالعمل، و كذا مال السبق و الرمايه، فقيل بعدم الجواز، لعدم ثبوته في الذمه قبل العمل، و الأقوى- وفاقا لجماعه- الجواز (۱)، لا- لدعوى ثبوته في الذمه من الأول و سقوطه إذا لم يعمل، و لا لثبوته من الأول بشرط مجيء العمل في المستقبل، إذ الظاهر ان الثبوت انما هو بالعمل، بل لقوله تعالى «وَ لِمَنْ جٰاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ «۱» (۲).

بعد الضمان، نظير الانعتاق العبد به مباشره، و اعمال الخيار فرع عبوديته، بخلاف الحال في العقود الجائزه حيث يجوز له اعمال خياره حتى بعد الضمان فيرتفع العقد و يبطل الضمان.

(۱) بل الأقوى هو التفصيل بين الجعاله من جهه و السبق و الرمايه من جهه أخرى على ما سيأتي تفصيله.

(۲) و فيه: ان الآيه الكريمه أجنبيه عن محل الكلام، إذ الكلام انما هو في الضمان

بالمعنى المصطلح أعنى نقل المال الثابت فى ذمه شخص إلى ذمه غيره و المستلزم لتغاير الضامن و المضمون عنه- الجاعل فى الفرض- فى حين ان ظاهر الآيه الكريمه اتحاد الضامن و الجاعل، و من هنا فلا بد من حمل الضمان فيها على تأكيد الجعل و التزامه

---

(۱) سوره یوسف آیه ۷۲.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۰۱

و لكفايه المقتضى للثبوت فى صحه الضمان (۱) و منع اعتبار الثبوت الفعلى كما أشرنا إليه سابقا.

به، فتكون خارجه عن المعنى المبحوث عنه كما هو واضح.

ثم لو تنزلنا و سلمنا دلالتها على المدعى فى الضمان، فالتعدى عن موردها الى غيره مما يكون مشابها له لا يخرج عن حد القياس الباطل.

(۱) تقدم الكلام فيه غير مره، و قد عرفت انه مما لا يمكن المساعده عليه، فإنه و بعد الاعتراف بعدم اشتغال ذمه الجاعل و العاقد بشى ء بالفعل، كيف يمكن الالتزام بصحه الضمان بالمعنى المصطلح اعنى نقل الدين من ذمه إلى غيرها، فإنه ليس إلا من السالبه بانتفاء الموضوع.

و دعوى عدم الدليل على بطلان ضمان ما لم يجب حيث لم يرد فيه نص و لم يثبت عليه الإجماع- على ما سيأتى منه (قده) فى المسأله الآتيه.

واضحه الاندفاع، فان بطلانه- الضمان- من القضايا التى قياساتها معها، و لا حاجه فى إثباته إلى النص أو التمسك بالإجماع، فإنه و بعد تسليم ان الضمان نقل للدين من ذمه إلى أخرى، و الاعتراف بعدم ثبوت شى ء فى ذمه الجاعل و العاقد بالفعل، فلا موضوع له بالمره كى يكون إثبات بطلانه محتاجا إلى النص أو الإجماع.

نعم بناء على عدم اشتراط التنجيز فى الضمان، لا بأس بالالتزام بصحه ضمانها على وجه التعليق، إلا أنه واضح الفساد كما

لا يخفى.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۰۲

[(مسأله ۳۸): اختلفوا فی جواز ضمان الأعیان المضمونه- کالغصب]

(مسأله ۳۸): اختلفوا فی جواز ضمان الأعیان المضمونه- کالغصب و المقبوض بالعقد الفاسد و نحوهما-

---

و کیف کان: فالصحیح هو التفصیل بین ضمان مال الجعاله و ضمان مال السبق و الرمایه، و الالتزام فی الأول بالصحه و فی الثانی بالبطلان.

و ذلک لرجوع ضمان مال الجعاله قبل العمل إلی أمر الضامن للعامل بالعمل المحترم لا مجانا بل مع الأجره المسماه- الجعل-، لکن علی تقدیر عدم وصول حقه الیه من الجاعل- المضمون عنه.

و هذا لیس من الضمان المصطلح کی یرد علیه بأنه من ضمان ما لم یجب نظرا لفراغ ذمه المضمون عنه بالفعل.

و إنما هو من التعهد بالجعل فی طول تعهد الجاعل به، فإن أمره به یوجب الضمان الا أن التزامه به انما هو عند عدم وصول حق المجعول له بعد العمل الیه، و لا بأس بالالتزام بصحته لبناء العقلاء و شمول عمومات الأمر بالوفاء بالعقود له.

الا أن هذا انما یختص بضمان مال الجعاله بالمعنی الذی ذکرناه، حیث انه من العقود المتعارفه التی علیها بناء العقلاء، و لا یتم فی مال السبق و الرمایه فإنهما و بحد ذاتهما من أظهر مصادیق القمار أکل المال بالباطل- کما هو ظاهر- و انما صحا بالدلیل الخاص لبعض الاعتبارات الملزمه، و من هنا یجب الاقتصار فی الحکم علی مقدار دلاله الدلیل علیه خاصه و الحکم فیما زاد عنه بالبطلان.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۰۳

علی قولین، ذهب الی کل منهما جماعه و الأقوی الجواز (۱)

و حیث أن دلیل صحتهما إنما تضمن صحتها بالقیاس إلی طرفی العقد صح أکل أحدهما لمال الآخر- و ان کان بحسب القاعده الأولیه هو البطلان- و یبقی الأجنبی- الضامن- الذی

لا يعود العقد بالنفع عليه على كل تقدير و لا يرتبط به فى شى ء، على القاعده المقتضيه للبطلان.

و الحاصل: ان ثبوت الضمان بالأمر فرع صحه العمل المأمور به و أباحته و حيث لا دليل عليها بالقياس اليه و ان كان صحيحا بالقياس إلى طرفى العقد- يتعين الرجوع إلى قاعدته الأوليه المقتضيه للبطلان من حيث كون العمل قمارا و أكل المال بإزاءه أكلا للمال بالباطل.

(۱) بل الأقوى هو التفصيل، فإن المنشأ من قبل الضامن:

تاره: يكون هو الضمان المصطلح اعنى التزامه لصاحب المال باشتغال ذمته من الآن بالبدل فيما إذا تلفت العين بعد ذلك و اشتغلت ذمه المضمون عنه- الغاصب أو القابض بالعقد الفاسد- به.

و اخرى يكون اشتغال ذمته به على نحو الواجب المشروط، اعنى إنشاء الضمان المتأخر و المعلق على التلف من الآن.

و ثالثه: يكون بمعنى كون المال فى عهدته، و كونه هو المسؤول عن رده ما دام موجودا ورد بدله مثلا أو قيمه عند تلفه، كما هو الحال فى الغاصب نفسه، فان ضمانه ليس بمعنى وجوب رد بدله عليه بالفعل، إذ العين ما دامت موجوده لا وجه لاشتغال ذمته بالبدل

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۰۴

سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام ردها عينا و مثلها

بل هو بمعنى كونه مسئولا عن العين و كون العين فى عهدته بحيث يجب عليه ردها ما دامت موجوده و رد بدلها عند تلفها.

و الأول باطل جزما، لكونه من ضمان ما لم يجب، و قد عرفت فى المسأله السابقه أن بطلانه لا يحتاج إلى دليل خاص من نص أو إجماع، فإنه من القضايا التى قياساتها معها. إذ لو لم تكن ذمه المضمون عنه مشغوله بشى ء بالفعل- كما هو مفروض الكلام-

فأى شى ء هو ينتقل بالضمان من ذمته إلى ذمه غيره؟.

و الثانى و إن كان ممكنا فى نفسه، إلا أنه محكوم بالبطلان قطعا، للإجماع على اشتراط التنجيز فى الضـمان و عدم صـحه التعليق فيه.

و الثالث و إن كان خارجا عن الضـمان بالمعنى المصـطلح المبحوث عنه فى المقام، إذ لم تشتغل ذمه أحد بالمال كى ينتقل إلى ذمه غيره، إلا أنه لا مانع من الالتزام بصحته لعمومات الأمر بالوفاء بالعقود، بل و جريان السيره العقلائيه عليه خارجا.

و عليه: فيحكم على هـذا النحو من الضـمان بالصـحه و اللزوم، و مقتضـاه ثبوت حق المطـالبه للمضـمون له من الضـامن بالعين ما دامت موجوده و بالبدل إذا تلفت.

ثم أن هذا الضـمان ليس من الضـمان على مذهب العامه، فإنه ليس من ضم ذمه إلى ذمه أخرى، إذ لا اشتغال للذمه الأولى فضلا عن

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۰۵

أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت و ذلك لعموم قوله (ص):

«الزعيم غارم «۱» (۱)

الثانيه كى تضم إليها، و إنما هو من ضم ضـمان الى ضـمان آخر. و ان اختلفت سببهما، فضمان الغاصب و القابض بالعقد الفاسد فعلى فى حين ان ضمان الضامن عقدى.

و هو- ضم ضـمان إلى ضـمان- لا- محـذور فيه بـالمره، بـل هو ثـابت بالإجمـاع فى غير مورد من الفقه كالأيـادى المتعاقبه على المغصوب أو المقبوض بالعقد الفاسد.

و الذى يتحصل مما ذكرناه ان الحق فى المقام هو التفصـيل بين اراده الضـمان بالمعنى المبحوث عنه و بين اراده التعهد و تحمل المسؤوليه فإن الأول باطل لدورانه بين ضمان ما لم يجب الباطل على القاعده، و التعليق الموجب للبطلان فى حد نفسه، و الثانى

محکوم بالصحه للعمومات و السیره.

(۱) و فیه: ان الروایه نبویه لم تثبت من طرقنا، بل فی معتبره الحسین بن خالد قال: (قلت لأبی الحسن (ع): جعلت فداک قول الناس: الضامن غارم، قال: فقال: لیس علی الضامن من

---

(۱) مستدرک الوسائل: باب ۱ من أبواب کتاب الضمان، ح ۲.

و العمومات العامه (۱)

غرم، الغرم علی من أکل المال) «۱». تکذیبه.

علی ان مدلول النبویه بحسب تفسیر المعتبره لها أجنبی عن محل الکلام فان ظاهرها ان الناس کانوا یتخیلون استقرار الخساره فی الضمان علی الضامن نفسه، فأنکر ذلک الامام (ع) و حکم باستقرارها علی المضمون عنه، و این هذا عن محل الکلام؟.

علی أننا لو تنزلنا عن جمیع ذلک، فلا دلاله للنبویه علی موارد صحه الضمان أو عدمها، فإنها- لو صحت- إنما تدل علی استقرار الغرم علی الضامن عند صحه الضمان و تحققه. و لا تتکفل بیان صحه الضمان فی الأعیان الخارجیه المضمونه.

و علی هذا فهی نظیر قولنا مشتری الحیوان بالخیار إلی ثلاثه أیام، حیث لا یدل إلا علی ثبوت الخیار عند صحه البیع، و أما تعیین موارد الصحه و انه هل یحکم بصحه البیع عند الشک فیه لجهه من الجهات، فهو أجنبی عنه بالمره.

(۱) یظهر الحال فیها مما ذکرناه من التفصیل. فان التمسک بها لإثبات صحه الضمان انما یصح بناء علی اراده المعنی الذی ذکرناه من الضمان، و إلا فهو بالمعنی الأول غیر معقول و بالثانی باطل جزما، و معه فلا مجال للتمسک بالعمومات.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱ من أبواب الضمان، ح ۱.

مثل قوله تعالی (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱»). و دعوی: أنه علی التقدیر الأول یکون من

ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع ان الضمان نقل الحق من ذمه إلى أخرى.

و أيضا لا إشكال فى أن الغاصب أيضا مكلف بالرد، فيكون من ضم ذمه إلى أخرى، و ليس من مذهبنا، و على الثانى يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضا كذلك بالنسبه إلى رد المثل أو القيمه عند التلف.

مدفوعه: بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غايه الأمر انه ليس من الضمان المصطلح. و كونه من ضمان ما لم يجب، لا يضر بعد ثبوت المقتضى (١)، و لا دليل على عدم صحه ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع (٢)

---

(١) تقدم الكلام فيه غير مره و قد عرفت ان ثبوت المقتضى لا يصحح الضمان بعد أن كان عباره عن نقل الدين من ذمه إلى أخرى فإنه ما لم يكن الدين ثابتا لا يعقل نقله إلى ذمه أخرى.)

(٢) ظهر الحال فيه فى المسأله السابقه، فإن بطلانه من الوضوح إلى حد لا يحتاج إلى الدليل، فإنه أمر غير معقول فى نفسه إذ النقل من ذمه إلى غيرها متوقف على الثبوت فى الأولى و إلا فلا مجال لتصور الضمان كى يحكم بصحته.

---

(١) المائده: ١.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٠٨

- و ان اشتهر بين الألسن- بل فى جمله من الموارد حكموا بصحته، و فى جمله منها اختلفوا فيه فلا إجماع.

و اما ضمان الأعيان غير المضمونه- كمال المضاربه و الرهن و الوديعه قبل تحقق سبب ضمانها من تعد أو تفريط- فلا خلاف بينهم فى عدم صحته. و الأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضا (١).

[(مسأله ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درک الثمن للمشترى إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير]

(مسأله ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم ضمان درک الثمن للمشترى إذا ظهر كون المبيع مستحقا للغير، أو

ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن- كما قيد به الأكثر- أو مطلقا

---

(۱) بل الأقوى هو التفصيل المتقدم فى الأعيان المضمونه، فيقال بالصحه فيما إذا كان المراد من ضمانها تحمل مسئوليتها و التعهد بها.

و الحاصل: أنه لا فرق فى الحكم بالصحه أو الفساد بين يد الضامن و غيرها، فان كان هو بمعنى اشتغال ذمه الضامن بالبدل بالفعلى أو عند تلف العين حكمنا ببطلانه فى الموردين لعدم صحه ضمان ما لم يجب و الضمان التعليقى، و ان كان بمعنى تحمل المسؤوليه خاصه قلنا بصحته لبناء العقلاء، و شمول أدله لزوم الوفاء بالعقد له.

و عليه: فيكون الضامن مسئولا عن رد العين ان أمكن، و البدل- مثلا أو قيمه- عند تلفها.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۰۹

- كما أطلق آخر- و هو الأقوى (۱). قيل: و هذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان (۲). هذا و أما لو كان البيع صحيحا و حصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل

---

(۱) لما عرفته فى المسأله السابقه من كون صحه هذا الضمان- بالمعنى الذى ذكرناه- على القاعده، و عدم توقفه على وجود ضامن سابق للمال.

بل لا يبعد دعوى كون الحكم بصحه الضمان قبل القبض أولى منه بعده، فان ضمانه قبل القبض يستلزم- و بالطبع- أمره للمضمون له- البائع أو المشترى- بالإقباض، إذ أن ضمانه لعهده الثمن أو المثمن ليس إلا أمر مالكه بدفعه إلى صاحبه، مع التزامه و تعهده- الضامن- بتدارك ما بإزائه عند ظهور كونه مستحقا للغير.

و هذا بخلاف الضمان بعد القبض، فإنه لما لم يكن الإقباض عن أمره، يكون الحكم بصحه تعهده أخفى منه فى الأول.

(۲) و فيه: أن الضمان ان

كان بالمعنى المصطلح فهو غير قابل للحكم بصحته مطلقا لدورانه بين ضمان ما لم يجب- الذى عرفت عدم معقوليته- و الضمان المعلق- الذى عرفت بطلانه بالإجماع-، بلا فرق فيه بين المقام و غيره.

و ان كان بالمعنى الذى ذكرناه فصحته على القاعده مطلقا أيضا، و لا وجه لجعل هذا الفرد مستثنى مما سبق.

و الحاصل: انه لا وجه للاستثناء فى المقام على التقديرين، فإنه

القبض، فعلى المشهور لم يلزم الضامن فيرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان (۱)، فيكون من ضمان

ان صح ضمان الأعيان الخارجيه- بحمله على المعنى الذى ذكرناه- فالصحه هنا على القاعده أيضا، و إلا فالضمان فى المقام أيضا محكوم بالبطلان إذ لا يختلف فيما لا يعقل أو المجمع على بطلانه بين المقام و غيره.

(۱) إذ الثمن قد انتقل من ملك المشترى إلى ملك البائع جزما، كما انتقل المثمن من ملك البائع إلى ملك المشترى قطعا، فانقطعت علاقه كل منهما عما كان يملكه قبل العقد و أصبح ملكا لصاحبه ظاهرا و واقعا، غايه الأمر انه يمكن أن يعود إلى ملكه ثانيا بالفسخ فى حينه و معه فلا معنى لضمانه، لانه بمعنى اشتغال ذمته به بالفعل غير معقول و بمعنى اشتغال ذمته به فى ظرف الفسخ من التعليق الباطل، بلا فرق فيه بين إقباضه للثمن و عدمه.

نعم لو كان البيع و اقباض الثمن و المثمن عن أمر الضامن ملتزما بتدارك ما يترتب عليه من الضرر و المفسده عند تحقق الفسخ و رجوع كل من المالين إلى مالكه الأول، لم يبعد الحكم بصحته فى المقام، فإنه لما كان الإقباض عن أمره، كانت الإضرار المتوجهه إلى البائع أو المشترى- المضمون له-

متوجهه إلى الآمر الضامن، فإنه داخل فيما جرت عليه السيره العقلائيه و مشمول لعمومات الوفاء بالعقود.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۱۱

ما لم يجب. بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور. نعم في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنه هل يدخل في العهده و يصح الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم (۱) و عن بعضهم: دخوله، و لازمه الصحه مع التصريح (۲) و دعوى: أنه من ضمان ما لم يجب. مدفوعه: بكفايه وجود السبب (۳). هذا بالنسبه إلى ضمان عهده الثمن إذا حصل الفسخ، و اما بالنسبه إلى مطالبه الأرش، فقال بعض من منع من ذلک بجوازها، لان الاستحقاق له ثابت عند العقد (۴)، فلا يكون من ضمان ما لم يجب و قد عرفت أن الأقوى صحه الأول أيضا، و أن تحقق السبب

---

(۱) لدورانه بين التعليق و ضمان ما لم يجب الباطلين.

اللهم إلا أن يراد به الضمان بالمعنى الذى ذكرناه فيحكم بصحته لما تقدم.

(۲) قد ظهر الحال فيه مما سبق.

(۳) لكنک قد عرفت ضعفه و عدم معقوليته مما ذكرناه فى المسائل السابقه.

(۴) و فيه: أنه لا ينبغى الشک فى بطلان هذا الضمان، حتى بناء على القول بصحته فى الأعيان الخارجيه- كما هو المختار.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۱۲

....

و الوجه فيه: ما عرفته فى ضمن المسائل السابقه من ان الضمان انما يصح فى موردين لا ثالث لهما.

الأول. ضمان الدين الثابت فى الذمه بالفعل. فإنه القدر المتيقن من صحه الضمان، و هو الضمان بالمعنى المصطلح الذى عليه تسالم الأصحاب.

الثانى: ضمان الأعيان الشخصيه بالمعنى الذى ذكرناه.

و الفرق بينهما يمكن فى كون الأول متضمنا لاشتغال ذمه الضامن بالدين بالفعل، فى حين

أن الثانی لا یعنی إلا کون العین فی عهدته و مسئولیتها علیه.

و کیف کان: فحیث لا دلیل علی صحه الضمان فی غیر هذین الموردین اعنی ما کان دینا ثابتا بالفعل أو عینا خارجیا- فلا وجه للحکم بالصحه فی ضمان الأرش، فإنه خارج عنهما معا، و ذلک لما ذکرناه فی مباحث خیار العیب مفصلا و تطرقنا إلیه فی کتاب الإجاره أیضا، من أن ثبوت الأرش فی موارد العیب لیس حکما علی القاعده و یقتضیه نفس العقد، فان وصف الصحه لا یقابل بالمال بتاتا، فلیس المبیع مرکبا من أصل المثمن و وصف الصحه، کی یقال باقتضاء القاعده لبقاء ما قابله علی ملک المشتری نظرا لتخلف هذا الجزء و بطلان العقد بالنسبه إلیه، بل الثمن واقع بتمامه بإزاء أصل المبیع فقط و إنما هو- وصف الصحه- یوجب زیاده مقداره لا غیر.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۱۳

....

و لذا لا یحکم عند تخلفه ببطلان العقد بالنسبه الیه، و الحال ان المبیع لو کان مرکبا منه و من ذات السلعه للزم القول ببطلان العقد بالنسبه الیه و وجوب إرجاع البائع لما قابله من الثمن بعینه إلی المشتری سواء طالب بذلک أم لم یطالب، و هو باطل جزما و لا یقول به أحد من الأصحاب، فإنه یجوز دفع الأرش من غیر الثمن حتی مع وجود عینه، کما لا یجب علی ورثه البائع لو مات قبل ظهور العیب إخراج الأرش من ترکته.

بل الأرش إنما ثبت بالنصوص الخاصه- علی خلاف القاعده- فی البیع خاصه.

و علیه فان أمکن- بعد الفسخ- رد العین بنفسها سالمه فهو، و ان لم یمکن- لمانع عقلی أو شرعی- انتقل الأمر إلی مطالبته بالأرش فإن طالبه به لزم البائع دفعه

من أى مال شاء- حتى مع وجود عين الثمن، و إن لم يطالبه فلا شى ء عليه، و ليس بمشغول الذمه له بشى ء.

و عليه ففى المقام حيث لا يكون متعلق الضمان دينا فعليا ثابتا فى ذمه البائع عند الضمان و لا عينا خارجيا، فلا محيص عن رجوع ضمانه الى ضـمان ما لم يجب الغير المعقول لامتناع انتقال المعدوم إلى ذمه الغير، أو الضمان على نحو الواجب المشروط الباطل إجماعا لاعتبار التنجيز فيه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۱۴

حال العقد كاف (۱). مع إمكـان دعوى: أن الأرش أيضا لا يثبت الا بعـد اختياره و مطالبته (۲)، فالصحه فيه أيضا (۳) من جهه كفايه تحقق السبب و مما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (۴).

[(مسأله ۴۰): إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا]

(مسأله ۴۰): إذا ضمن عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقا، فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض (۵). و فى البعض الآخر يتخير المشترى بين الإمضاء و الفسخ لتبعيض الصفقه، فيرجع على البائع بما قابله.

و الحاصل: ان المتعين فى المقام هو الحكم بالبطلان. و ان قلنا بصحه ضـمان الأعيان الخارجيه- بالتقريب المتقـدم- فإن الأرش خارج عنه و عن الدين الثابت بالفعل فى ذمه المضمون عنه.

(۱) لكنك قد عرفت عدم معقوليته و امتناعه.

(۲) بل هو المتعين- على ما عرفت توضيحه فيما تقدم.

(۳) و قد عرفت اشكاله، و ان الأقوى بل المتعين هو الحكم بالبطلان.

(۴) فان حاله حال ضـمان درك الثمن للمشترى حرفا بحرف، فيبطل ضـمانه بالمعنى المصطلح، و يصح- على القاعده- بالمعنى الذى ذكرناه.

(۵) إذ ان ضمان الكل ينحل إلى ضمان كل جزء جزء، و حيث قد ظهر استحقاق البعض خاصه تم الضمان فيه دون الباقى.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۱۵

و عن الشيخ:

جواز الرجوع على الضامن بالجميع، و لا وجه له (۱).

[(مسأله ۴۱): الأقوى (۲)– وفاقا للشهيدين– صحه ضمان ما يحدثه المشترى]

(مسأله ۴۱): الأقوى (۲)– وفاقا للشهيدين– صحه ضمان ما يحدثه المشترى

---

(۱) إذ المفروض ضمانه لخصوص درک الثمن لا الثمن بجميع عوارضه و طوارئه، و من هنا فيختص الضمان بالنصف الذى ظهر مستحقا للغير لشمول ضمان درک الثمن له، و لا يعم النصف الآخر الذى رجع الى البائع بفسخ المشترى للعقد بخيار تبعض الصفقه، فإنه خارج عن ضمان درک الثمن.

نعم لو كان الضامن ضامنا للثمن بجميع عوارضه و طوارئه بحيث كان ضمانه عاما للفسخ بالخيار فى المقام أيضا، صح القول بجواز الرجوع عليه بالجميع، إلا أنه خارج عن محل الكلام، اعنى ضمان درک الثمن خاصه.

(۲) بل الأقوى ما ذهب اليه المشهور.

و الوجه فيه ما عرفته فى المسائل السابقه من عدم معقوليته إذا أنشأ على نحو الفعليه بأن أنشأ الضامن اشتغال ذمته بالفعل بما ستشتغل به ذمه البائع بعد ذلک، فان المعدوم غير قابل للانتقال إلى ذمه الغير و ثبوته فيها، و بطلانه من القضايا التى قياساتها معها.

نعم لو أنشأ على نحو الواجب المشروط و الضمان المتأخر، فهو و ان كان معقولا فى حد ذاته إلا انه باطل بلا خلاف للتعليق المجمع

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۱۶

....

على بطلانه.

ثم بناء على ما اخترناه من بطلان الضمان على البائع، فهل يصح ضمانه لا من قبل البائع، بأن يتعهد الآمر تحمل الخساره بنفسه و من غير رجوع على البائع بها؟.

الأقوى فيه البطلان، حيث لم يثبت بناء من العقلاء على الضمان الأمرى فيما يرجع الى المأمور به وحده، فان الغرس و البناء و ما شاكلهما من المضمون له فيما يعتقده أرضه، عمل متمحض له و لا يرتبط بغيره

فى شى ء.

و من هنـا فإن الأمر به أمر بما يرجع اليه و يخصه، نظير أمره بالتجاره لنفسه مع التعهـد بتحمل الخساره عنه، و لم يثبت فيه بناء من العقلاء على الضمان.

و الحاصل: ان الضـمان عن البائع محكوم بالفساد لدورانه بين أمر غير معقول و أمر قام الإجماع على بطلانه، و الضمان عن نفسه من جهه أمره بفعل ربما يترتب عليه الضرر غير ثابت.

ثم ان الكلام فى هـذه المسـأله انمـا يتم فى فرض كون البائع غارا للمشترى و القول بثبوت قاعـده الغرور، و أما لو لم يكن البائع غـارا له بـان كـان معتقـدا لملكيته للأرض، أو قلنا بعـدم ثبوت قاعـده الغرور على نحو الكليه- كما هو المختار- فلا ضـمان على البائع بلا خلاف و لا اشكال فيه. فان المشترى يتحمل حينئذ الخساره بنفسه لكونه هو

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۱۷

من بنـاء أو غرس فى الأـرض المشتراه إذا ظهر كونهـا مسـتحقه للغير و قلع البنـاء و الغرس، فيضـمن الأـرش، و هو تفاوت ما بين المقلوع و الثابت عن البائع.

خلافا للمشـهور، لأنه من ضمان ما لم يجب. و قد عرفت ضعفه هذا و لو ضمنه البائع قيل: لا يصح أيضا كالأجنبى و ثبوته بحكم الشرع لا يقتضى صحه عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان. و قيل: بالصحه (۱)، لأنه لازم بنفس العقد، فلا مانع من ضمانه، لما مر من كفايه تحقق السـبب، فيكون حينئذ للضـمان سـببان: نفس العقد و الضمان بعقده. و تظهر الثمره فيما إذا أسقط المشترى عنه حق الضمان الثابت بالعقد، فإنه يبقى الضمان العقدى

الذى أوقع نفسه فى الضرر بالتصرف فى الأرض معتقدا ملكيته لها.

(۱) إلا أنه لا يمكن توجيهه بوجه، فان الضمان

لما كان نقل ما فی ذمه إلی غیرها، کان ذلک متوقفا علی تعدد الذمم لا محاله، و حیث أنه مفقود فی المقام، فتصوره غیر معقول، فإنه من أین ینتقل الدین و إلی أین؟.

نعم تعدد أسباب الضمان الواحد أمر معقول فی حد ذاته. إلا أنه غیر ممکن فی خصوص المقام لعدم معقولیه ضمان المدین لنفسه عن نفسه، کما هو الحال فی سائر موارد الدین.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۱۸

کما إذا کان لشخص خیاران بسببین فأسقط أحدهما. و قد یورد علیه بأنه لا معنی لضمان شخص عن نفسه، و المقام من هذا القبیل. و یمکن ان یقال: لا مانع منه مع تعدد الجهه (۱). و أما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به، و یکون مؤکدا لما هو لازم العقد (۲).

[(مسأله ۴۲): لو قال عند خوف غرق السفینه: «الق متاعک فی البحر و علی ضمانه» صح]

(مسأله ۴۲): لو قال عند خوف غرق السفینه:

«الق متاعک فی البحر و علی ضمانه» صح بلا خلاف بینهم

---

(۱) إلا إنک قد عرفت عدم معقولیته، فان تعدد الجهه لا یوجب تغایر الذمتین و نقل الدین من إحداهما إلی الأخری.

(۲) و فیه: ان الشرط ان کان علی نحو شرط النتیجه، بمعنی اشتغال ذمه الضامن بالفعل بما تشتغل به ذمه البائع فی وقته، فهو باطل لعدم معقولیته- علی ما عرفت.

و ان کان علی نحو شرط الفعل، بمعنی اشتراط المشتری علی البائع أداء مقدار الخساره، فهو و إن کان صحیحا إلا انه غیر مؤکد لما هو لازم العقد، فان الثابت بالشرط هو التکلیف المحض، فی حین أن الثابت بنفس العقد هو الوضع و اشتغال الذمه.

و الحاصل: ان الأمر فی المقام یدور بین عدم الصحه و عدم التأکید فإما لا صحه و إما لا تأکید، فالجمع بینهما مما لا یمکن المساعده

عليه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۱۹

بل الظاهر الإجماع عليه (۱) و هو الدليل عندهم. و أما إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحه أخرى من خفه السفينه أو نحوها، فلا يصح عندهم. و مقتضى العمومات صحته أيضا (۲).

---

(۱) بل الظاهر اتفاق المسلمين عليه، حيث لم يظهر الخلاف فيه الا من أبى ثور خاصه.

(۲) بل الظاهر انه لا حاجه للتمسك بالعمومات كى يورد عليه بالمناقشه فى صدق العقد على هذا الضمان، باعتبار انه ليس فيه إلا أمر من الآمر و عمل من المأمور و هما لا يشكلان العقد كما هو الحال فى جميع موارد الأمر بشى ء و امتثال المأمور له.

فإن السيره العقلائيه القطعيه مستقره على الضمان فى موارد الأمر بإعطاء أو إتلاف الأموال المحترمه لغرض عقلائى يخرجه عن كونه فعل حرام، إذا لم يكن لكلامه ظهور فى المجانيه أو يقصد المالک به التبرع كما هو الحال فى الأمر بالاعمال المحترمه حرفا بحرف، إذ لا فرق فيه بين الأمر بالعمل و إعطاء مال أو إتلافه، فان كلا من ذلک موجب للضمان عند امتثال الأمر من قبل المأمور ببناء العقلاء و السيره القطعيه ما لم يكن هناک ظهور لكلام الآمر- لقرينه أو انصراف أو غيرهما- فى المجانيه، أو يقصد العامل أو المالک التبرع به.

و ما ذكرناه لا يختص بمورد السفينه، بل يجرى حرفيا فى جميع

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۲۰

....

موارد الأمر بالإتلاف لغرض عقلائى، فإنه موجب للضمان جزما مع قطع النظر عن متعلقه.

و من هنا يظهر عدم اختصاص الحكم بالضمان بصوره تصريح الآمر بضمانه له، فإنه ثابت فى فرض اقتصاره على الأمر بالقاء المتاع أيضا إذ الأمر- على النحو الذى ذكرناه- كاف بوحده لإثبات الضمان.

خويى،

سید ابو القاسم موسوی، مبانی العروه الوثقی، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفی، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

مبانی العروه الوثقی؛ ج ۲، ص: ۲۲۱

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۲۱

[تتمه فیها مسائل]

اشاره

تتمه

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۲۳

قد علم من تضاعیف المسائل المتقدمه- الاتفاقیه أو الخلافیه:- أن ما ذکروه فی أول الفصل من تعریف الضمان و أنه نقل الحق الثابت من ذمه إلی أخری، و أنه لا یصح فی غیر الدین، و لا فی غیر الثابت حین الضمان، لا وجه له، و أنه أعم من ذلک حسب ما فصل (۱).

[(مسأله ۱): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه فی أصل الضمان]

(مسأله ۱): لو اختلف المضمون له و المضمون عنه فی أصل الضمان (۲)، فادعی انه ضمنه ضامن و أنکره المضمون له، فالقول قوله (۳) و کذا لو ادعی أنه ضمن

---

(۱) حیث قد عرفت التفصیل بین الضمان المصطلح و غیره، و اعتبار ما ذکره (قده) فی الأول دون الثانی، فإنه یصح فی الأعیان الخارجیه و موارد عدم ثبوت الحق حین الضمان مما قامت السیره العقلائیه علیه کدرک الثمن أو المثمن.

(۲) لا یخفی ما فی التعبیر باختلاف المضمون له و المضمون عنه فی أصل الضمان من المسامحه، إذ مع إنکار الأول من أساسه کیف یصح التعبیر عنه بالمضمون له.

و حق العباره أن یقال: «لو اختلف الدائن و المدین فی أصل الضمان».

(۳) بلا إشکال فیه و لا خلاف، فإنه لا بد للمدین من إثبات براءه ذمته من الدین، و إلا فهو ملزم بالخروج عن عهدته.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۲۴

تمام دیونه و أنکره المضمون له، لأصاله بقاء ما کان علیه (۱) و لو اختلفا فی إعسار الضامن حین العقد و یساره (۲) فادعی

المضمون له إعساره، فالقول قول المضمون عنه (٣)

---

(١) خرجنا عنها بالنسبه إلى ما يعترف به المضمون له- القدر المتيقن-، لفراغ ذمته منه جزما، و لا بد له بالنسبه إلى الزائد- ما يدعيه هو- من إثبات

البراءه، و إلا فهو ملزم بالخروج من عهدته- كما عرفت.

(٢) بناء على ما ذهب اليه المشهور من ثبوت الخيار للمضمون له عند ظهور إعساره حين العقد، و أما بناء على ما اخترناه من عدم الدليل على الخيار حينئذ. فلا أثر لهذا الاختلاف بالمره، فإن المضمون عنه برى ء الذمه من الدين السابق على التقديرين- اليسار و الإعسار-، و الضامن هو الملزم به.

(٣) الكلام فى هذا الفرع تاره يفرض مع سبق يسار الضامن، و اخرى مع سبق إعساره، و ثالثه مع تضاد الأمرين بأن يعلم بيساره فى بعض شهر الضمان و إعساره فى بعضه الآخر مع الجهل بالمتقدم و المتأخر.

أما الصوره الأولى: فالأمر كما أفاده (قده) من تقديم قول المضمون عنه، كما هو واضح، فان دعوى المضمون له للإعسار مقدمه لإثبات الخيار محتاجه إلى الدليل، و إلا فمقتضى الاستصحاب

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٢٥

....

هو إثبات اليسار حين الضمان.

أما الصوره الثانيه: فالظاهر تقديم قول المضمون له، و إلزام المضمون عنه بإثبات اليسار، فان استصحاب العسر إلى زمان الضمان يثبت موضوع الخيار للمضمون له.

و الحاصل: ان الأصل فى هذه الصوره يقتضى الجواز، فيكون الإثبات على مدعى اللزوم لا محاله.

و من هنا: فلا يمكن المساعده على إطلاق كلام الماتن (قده) من تقديم قول المضمون عنه، الشامل لهذه الصوره أيضا.

و لعل هذه خارجه عن محط نظره و غير مراده له (قده).

و أما الصوره الثالثه: فلا مجال فيها للتمسک باستصحاب العسر و اليسر معا، سواء لما ذكره صاحب الكفايه (قده) من عدم وجود المقتضى لعدم اتصال زمان اليقين بزمان الشک، أو لما اخترناه من وجود المانع. فإن النتيجه فى المقام واحده، و ان اختلف المبنيان فى غيره- على ما حققناه

مفصلا فى المباحث الأصوليه:

و عليه: فهل يقدم قول المضمون له أو المضمون عنه أو يكون المقام من التداعى؟.

ظاهر إطلاق كلامه (قده) هو الثانى، و على المضمون له الإثبات.

و قد أورد عليه فى بعض الكلمات بأنه لا موجب لجعل المضمون له مدعيا و إلزامه بالإثبات، و المضمون عنه منكرا و قبول قوله،

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۲۶

....

بعد ان كان قول كل منهما مخالفا للأصل.

لكن الظاهر ان ما ذكره الماتن (قده) هو الصحيح.

و الوجه فيه ما ذكرناه فى مباحث القضاء من أن الروايات الوارده فى أبواب القضاء و حل الخصومات، لم تتعرض- على كثرتها- لتحديد المدعى و المنكر على الإطلاق، و هل المدعى من خالف قوله الأصل أو الظاهر، و المنكر من وافق قوله للأصل أو الظاهر أم لا؟

و إنما ذلك مذكور فى كلمات الأصحاب (قدس اللّه أسرارهم) خاصه.

و هو ان كان صحيحا بحسب الغالب، إلا انه لا دليل على ثبوته على نحو الكبرى الكليه.

و من هنا فلا محيص عن الرجوع إلى العرف لتحديد المفهومين، و من الواضح أن مقتضاه كون من يطالب غيره بشى ء و يلزمه به و يكون مطالبا لدى العقلاء بالإثبات مدعيا، و خصمه الذى لا يطالب بشى ء منكرا.

نعم يستثنى من ذلك ما إذا اعترف الخصم بأصل الحق و ادعى وفاءه، كما إذا اعترف بالاستقراض مدعيا أداءه و فراغ ذمته، فإنه حينئذ و ان كان الدائن هو المطالب غيره بالمال و الملزم له به، إلا أنه يعتبر منكرا و على خصمه إثبات الأداء، و ذلك لاعترافه بأصل الدين، فإنه يوجب انقلاب المدعى- لو لا الاعتراف- منكرا، و المنكر- لولاه- مدعيا.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۲۷

....

و الحاصل: انه لا أثر لموافقه الأصل أو

الظاهر أو مخالفته لهما فى تحديـد المدعى و المنكر، إذ لا دليل على شـى ء مما ذكره الأصـحاب فى كلماتهم فى المقام، و إنما العبره بما ذكرناه من الرجوع الى العرف و تحديد المدعى و المنكر على ضوء الفهم العرفى.

و عليه ففى المقـام و ان كان قول كل منهما مخالفا للأصل الموضوعى إلا أن ذلك لا يمنع من كون المضـمون له هو المـدعى، باعتبـار انه الـذى يطالب خصـمه- المضـمون عنه- بالمال نتيجه للفسـخ بالخيار بعـد اعترافه ببراءه ذمته و فراغها منه بالضـمان، و يكون هو الملزم بالإثبات لدى العقلاء.

و بعبـاره اخرى: ان اشـتغال ذمه المضـمون عنه ثانيـا- نتيجه للفسـخ من قبـل المضـمون له- بالمـال و رجوع الـدين إليها من ذمه الضـامن لمـا كان محتاجا لـدى العقلاء إلى الإثبات كان المضـمون له هو المـدعى لا محاله، فإن أمكنه الإثبات فهو و إلا فالقول قول المضمون عنه.

إذن: فالصـحيح ان المقام من موارد المـدعى و المنكر، لاختصاص المطالبه و الإلزام بأحد الطرفين دون الآخر، و ليس من موارد التداعى كما توهمه بعضهم.

و الذى يتحصل من جميع ما تقدم. أن ما أفاده الماتن (قده) من تقديم قول المضمون عنه، عند اختلافه مع المضمون له فى يسار الضامن حين الضمان و إعساره- بناء على القول بثبوت الخيار له عند

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۲۸

و كذا لو اختلفا فى اشتراط الخيار للمضمون له و عدمه (۱) فان القول قول المضمون عنه (۲). و كذا لو اختلفا فى صحه الضمان و عدمها (۳).

[(مسأله ۲): لو اختلف الضامن و المضمون له فى أصل الضمان، أو فى ثبوت الدين و عدمه]

(مسأله ۲): لو اختلف الضامن و المضـمون له فى أصل الضمان، أو فى ثبوت الدين و عدمه، أو فى مقداره أو فى مقدار ما ضمن أو فى اشتراط

تعجیله، أو تنقیص أجله إذا کـان مؤجلا أو فی اشتراط شـی ء علیه زائـدا علی أصل الـدین، فالقول قول الضامن (۴)، و لو اختلفا فی اشتراط تأجیله مع کونه

ظهور إعسـاره- انمـا یتم فی الصورتین الأولی و الثـالثه خـاصه، و أما فی الصوره الثانیه فالظاهر تقـدیم قول المضـمون له لثبوت موضوع الخیار بالاستصحاب.

(۱) بنـاء علی صـحه هـذا الاشتراط- کما اختاره الماتن (قـده) و جماعه- و إلا- کما اخترناه- فالشرط باطل من أساسه و لا أثر لهذا النزاع.

(۲) لکونه منکرا، باعتبار ان خصمه- المضمون له- هو الذی یطالبه بشی ء و یلزمه الإثبات عند العقلاء.

(۳) لأصاله الصحه بعد إحراز أصل وقوع العقد.

(۴) کما هو واضح، فان المضمون له مدع فعلیه الإثبات، و إلا فمقتضی أصاله عدم الضمان أو الدین أو الزائد عما یعترف به

حالا أو زیـاده اجله مع کونه مؤجلا أو وفـاء أو براء المضـمون له عن جمیعه أو بعضه، أو تقییـده بکونه من مـال معین (۱) و المفروض تلفه، أو اشتراط خیـار الفسخ للضامن (۲) أو اشتراط شـی ء علی المضـمون له، أو اشتراط کون الضـمان بمـا یساوی الأقل من الدین، قدم قول المضمون له (۳).

[(مسأله ۳): لو اختلف الضامن و المضمون عنه فی الأذن و عدمه]

(مسأله ۳): لو اختلف الضامن و المضمون عنه فی الأذن و عدمه، أو فی وفاء الضامن حتی یجوز له الرجوع

الضامن من الدین أو الضمان، أو تعجیله أو تنقیص الأجل أو الأمر الزائد علی أصل الدین، تقدیم قول الضامن المنکر.

نعم للمضمون له تحلیفه علی ذلک، علی ما تقتضیه قواعد القضاء.

(۱) بناء علی مختاره (قده) من بطلان الضمان- حینئذ- و انتقال الدین إلی ذمه الضامن.

لکنک قد عرفت فی المسأله الرابعه و العشرین انه لا معنی متحصل للتقیید فی

المقام بالمره، و ان مرجعه إلى الاشتراط لا محاله.

(٢) بناء على ما اختاره (قده) من صحه اشتراط الخيار فى الضمان لكنك قد عرفت منا الاشكال فيه.

(٣) كل ذلك لكون الضامن مدعيا فى قوله فعليه الإثبات، و إلا فمقتضى أصاله عدم كل ذلك لزوم الخروج عن عهده الدين الثابت فى ذمته بأصل الضمان.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٠

و عدمه، أو فى مقدار الدين الذى ضمن و أنكر المضمون عنه الزياده أو فى اشتراط شى ء على المضمون عنه (١) أو اشتراط الخيار للضامن (٢)، قدم قول المضمون عنه (٣) و لو اختلفا فى أصل الضمان أو فى مقدار الدين الذى ضمنه و أنكر الضامن للزياده، فالقول قول الضامن (۴).

---

(١) عند أمره بالضمان و قبوله له، فان الشرط سائغ فى نفسه، و الضمان فعل محترم، فيصح للضامن عند أمر المضمون عنه بالضمان و قبوله له اشتراط شى ء مباح عليه بإزاءه.

و منه يظهر فساد ما قيل من أن المضمون عنه ليس طرفا فى عقد الضمان، كى يصح الاشتراط عليه فيه.

فان الاشتراط انما هو عند أمره له بالضمان و قبوله لذلك، و ليس فى عقد الضمان كما توهم.

(٢) بناء على صحه هذا الاشتراط- كما اختاره الماتن (قده).

(٣) لكونه منكرا لما يدعيه الضامن، فان اشتغال ذمته بالدين ثانيا بعد فراغها منه قطعا يحتاج إلى الإثبات، و الا فمقتضى أصاله عدمه تقديم قوله فى كل ذلك.

(۴) فان اشتغال ذمته بأصل الدين أو الزياده عما يعترف به، يحتاج إلى الدليل، و الأصل يقتضى عدمه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣١

[(مسأله ۴): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه ليس له الرجوع]

(مسأله ۴): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو الدين (١)، لاعترافه

بكونه أخذ منه ظلما. نعم لو كان مدعيا مع ذلك للإذن فى الأداء بلا ضمان، و لم يكن منكرا لأصل الدين، و فرض كون المضمون عنه أيضا معترفا بالدين و الإذن فى الضمان (٢) جاز له الرجوع عليه، إذ

---

(١) مقتضى تقييده (قده) للحكم بعدم رجوع الضامن على المضمون عنه بفرض إنكاره للاذن أو الدين، اختصاصه به و عدم ثبوته عند اعتراف المضمون عنه بالإذن أو الدين.

غير أن من الظاهر عدم الفرق بين الفرضين، فان مجرد ثبوت الدين أو الأذن فى الضمان لا يكفى فى جواز رجوع الضامن عليه، إذ يعتبر فيه مضافا الى الأذن تحقق الضمان و الأداء بعد ذلك خارجا، فما لم يتحقق أحد هذه الأمور لا يكون للضامن الرجوع على المضمون عنه، و من هنا فحيث ان الضامن فى المقام منكر لأصل الضمان و تحققه فى الخارج أو الدين، فكيف يجوز له الرجوع على المضمون عنه مع القطع بأذنه له فيه فضلا عن اعترافه به.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدم، فإنه لا فرق بين فرضى الإنكار و الاعتراف من حيث عدم جواز الرجوع عليه، فإنه ليس من آثار الأذن المجرد، و انما هو من آثاره منضما إلى تحقق الضمان و الأداء فى

لا منافاه بين إنكار الضمان و ادعاء الإذن فى الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم (١) غايه الأمر أنه يقول إن ذلك للإذن فى الأداء و المضمون عنه يقول إنه للإذن فى الضمان، فهو كما (٢)

الخارج، و حيث ان المأخوذ منه منكر لتحقق الضمان فلا وجه لرجوعه به عليه.

(١) قد عرفت مما تقدم أن الأمر فى المقام ليس كذلك، فإن أصل الاستحقاق ليس معلوما على كل تقدير،

فـان المضـمون عنه انمـا يكون مشـغول الـذمه للمـأخوذ منه فيمـا لو كـان قـد أذن له فى الأـداء فإنه حينئـذ يجوز له الرجوع عليه لخسارته للمال و ان كان ذلك بسـبب مقدمه كاذبه- اعنى ادعاء الضـمان عليه- فان ذلك لا يضر شيئا بعد ما كان أصل وجوب الأداء ثابتا عليه.

و أما لو كان قد أذن له فى الضمان، فاشتغال ذمته له غير ثابت بل الثابت عدمه، لان جواز الرجوع- و كما عرفت- ليس من آثار أصـل الضـمان و انمـا هو من آثـار تحققه فى الخـارج و انتقـال الـدين من ذمه المضـمون عنه إلى ذمته و من ثم أداءه خارجا، و حيـث ان المفروض عـدمه بحسـب اعـتراف الضـامن نفسه، فلاـ وجه لرجـوعه عليه بـدعوى أن أصـل الاسـتحقاق و اشـتغال ذمه المضمون عنه معلوم.

(٢) قياس ما نحن فيه على المثال من القياس مع الفارق، فإن أصل الاستحقاق و اشتغال الذمه فيه معلوم و ان كان سببه مجهولا،

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٣

لو ادعى على شـخص أنه يطلب منه عشـر قرانـات قرضـا، و المـدعى ينكر القرض و يقول: إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصـل الطلب معلوم. و لو لم يعترف المضـمون عنه بالضمان أو الأذن فيه و ثبت عليه ذلك بالبينه فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصه عما أخذ منه (١) و هل يجوز للشاهدين

و اين هذا مما نحن فيه حيث عرفت عدم ثبوت أصل الاستحقاق.

(١) فى العباره تشويش ظاهر، و لعل فيها سـقطا، فإنها لا ترجع الى محصل، إذ لا أثر لثبوت الأذن فى الضـمان شرعا بالمره، فإنه إنما يترتب على تحققه هو فى الخارج و تحقق الأداء بعده- على ما تقدم.

نعم لو كان من أخذ

منه المال معترفا بثبوت الدين فى ذمه المضمون عنه كان له الرجوع عليه باذن الحاكم الشرعى و الأخذ منه مقاصه.

و ذلك لان الآخذ لما أخذ المال من الضامن قهرا عليه و ظلما.

كان ذلك المال ثابتا فى ذمته للمأخوذ منه فهو مدين له به، و لما كانت ذمه المضمون عنه مشغوله للأخذ بعد نظرا لعدم انتقال ما بذمته إلى ذمه غيره، كان للمأخوذ منه الأخذ منه تقاصا و أخذ ما يملكه الآخذ بدلا عما أخذه منه ظلما.

و لكن لما كان مال الآخذ فى ذمه المضمون عنه كليا، احتاج التقاص منه إلى إذن الحاكم الشرعى.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۳۴

على الاذن فى الضمان حينئذ ان يشهدا بالاذن من غير بيان كونه الاذن فى الضمان أو كونه الاذن فى الأداء؟ الظاهر ذلك (۱)، و إن كان لا يخلو عن اشكال. و كذا فى نظائره (۲).

بلا فرق فى ذلك بين اعتراف المأخوذ منه بالضمان و عدمه، أو اعتراف المضمون عنه بالأذن و عدمه، فإنه من هاتين الجهتين سيان.

(۱) بل الظاهر عدمه، و ذلك لما عرفته من اختلاف أثر الأذنين شرعا بل اختلافهما من حيث أصل وجود الأثر و عدمه. إذ لا أثر للإذن فى الضمان ما لم يتحقق هو و من بعده الأداء فى الخارج، بخلاف الآذن فى الأداء حيث يكفى فى جواز رجوع المأذون عليه مجرد تحقق الأداء خارجا.

و الحاصل: ان خصوصيه الأذن فى مجرد الأداء أو الأذن فى الضمان لما كانت دخيله فى ترتب الأثر- أعنى جواز رجوع المأذون له على الآذن بعد الأداء- لم يكن للشاهدين إطلاق الشهاده بالأذن و السكوت عنها.

(۲) مما لا تكون للخصوصيه دخل فى ترتب الأثر عليه، كما هو الحال فى

المثال المذکور فی المتن، فان الدین ثابت علی کل حال و ذمه المدین مشغوله بالمال المعین للدائن من غیر أثر لخصوصیه القرض أو الشراء. فإنه لا أثر لهما کما أنه لا أثر لسائر الخصوصیات من الزمان و المکان.

و لکن أین هذا من محل الکلام و نظائره مما یختلف الأثر فیه باختلاف

کما إذا ادعی شخص علی آخر أنه یطلب قرضا و بینته تشهد بأنه یطلبه من باب ثمن المبیع لا القرض، فیجوز لهما أن یشهدا بأصل الطلب من غیر بیان أنه للقرض أو لثمن البیع علی اشکال.

[(مسأله ۵): إذا ادعی الضامن الوفاء و أنکر المضمون له و حلف]

(مسأله ۵): إذا ادعی الضامن الوفاء و أنکر المضمون له و حلف لیس له الرجوع علی المضمون عنه إذا لم یصدقه فی ذلک (۱)، و إن صدقه جاز له الرجوع إذا کان باذنه (۲) و تقبل شهادته له بالأداء (۳) إذا لم یکن هناک مانع من تهمه (۴) أو غیرها مما یمنع من قبول الشهاده.

الخصوصیات، فان تنظیر أحدهما بالآخر لیس إلا من القیاس مع الفارق.

(۱) لما عرفته من توقف رجوعه علیه علی تحقق الوفاء خارجا، و حیث انه غیر متحقق، بل المتحقق- بحسب القواعد الشرعیه- عدمه، فلا موجب لجواز رجوعه علیه.

(۲) أخذا له باعترافه و إقراره، فإنه بتصدیقه له فی الأداء یعترف بتحقق موجب الرجوع علیه، و ان لم یثبت الأداء بالنسبه إلی المضمون له، إذ لا منافاه بین الأمرین.

(۳) علی ما تقتضیه قواعد الشهاده.

(۴) ذکر هذا الاستثناء فی جمله من النصوص المعتبره و غیرها و قد ذکره غیر واحد من الأصحاب أیضا کالمحقق (قده) فی

....

الشرائع و غیره.

إلا أن الكلام فى المراد منه، إذ الذى

يعتبر فی باب الشهاده جزما ان لا یکون الشاهد طرفا فی الدعوی بحیث تکون شهادته راجعه إلی نفسه بجلب نفع أو دفع ضرر، کما لو ادعی الوصی المفوض فی صرف الثلث علی غیره دینا للمیت، فإنه لا تقبل شهادته علیه لاستلزامها دخول ثلث المبلغ المدعی تحت تصرفه، أو شهد المضمون عنه للضامن بالأداء بعد ظهور إعسار الضامن من حین الضمان- بناء علی مذهب المشهور من ثبوت الخیار حینئذ للمضمون له- فان شهادته هذه لما کانت تدفع عن نفسه ضرر ابطال العقد و رجوع الدین ثانیا إلی ذمته، لم تکن مسموعه.

و من هنا: فإن أرید بالتهمه ما یقابل الوثوق بدینه و أمانته، فاشتراط عدمها لیس إلا تعبیرا آخر عن شرطیه العداله فی الشاهد، و لیس هو أمرا زائدا علیها و فی قبالها.

و ان أرید من اشتراط عدمها اعتبار ان لا تکون الشهاده لدوافع القرابه أو الصداقه أو نحوهما. فهو غیر معتبر جزما حیث تصح شهاده الأقرباء بعضهم لبعض و ان کان هناک احتمال کون الصله دخیله فیها، فإنه لا أثر له بعد فرض توفر سائر الشروط.

إذن: فالمتعین حمل هذه الکلمه فی لسان النصوص علی المعنی الأول و من هنا فلا وجه لجعل عدمها فی قبال سائر الشروط المعتبره فی

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۳۷

[(مسأله ۶): لو أذن المدیون لغیره فی وفاء دینه بلا ضمان فوفی جاز له الرجوع علیه]

(مسأله ۶): لو أذن المدیون لغیره فی وفاء دینه بلا ضمان فوفی جاز له الرجوع علیه (۱) و لو ادعی الوفاء و أنکر الآذن قبل قول المأذون، لأنه أمین من قبله (۲).

الشاهد و التی منها العداله.

(۱) لما ذکرناه فی غیر موضع من قیام السیره العقلائیه القطعیه الممضاه شرعا علی ثبوت الضمان بالأمر بإتلاف مال محترم علی نحو مباح أو القیام

بعمل محترم.

نعم لاـ بـد من تقييـد ذلك بعـدم ظهور الأمر فى الاسـتدعاء المجانى كما هو الحال فى طلب الفقير ممن عليه الحق الشـرعى من الخمس أو الزكاه أداء دينه، أو طلب مرجع الحقوق منه ذلك، بل الأمر كذلك بالنسـبه إلى طلب الولد من أبيه ذلك، فإنه ظاهر فى الأداء المجانى لكون الأب متكفلا بشؤون ابنه، بل و كذا الحال فى طلب سائر أفراد العائله منه ذلك.

كمـا ينبغى تقييـده بعـدم قصـد المـأمور التبرع فى عمله، إذ معه لا يجوز له الرجوع عليه حتى و ان لم يكن لكلام الآمر ظهور فى المجانيه باعتبار انه هو الذى قد أتلف ماله بداع من نفسه و من غير قصد امتثال الأمر.)

(٢) فهو فى ذلك بمنزله الوكيل، و مرجع العمل فعلا و تركا اليه، فيسمع قوله ما لم يثبت خلافه، على ما تقتضيه السيره القطعيه.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٣٨

و لو قيد الأداء بالإشـهاد و ادعى الإشـهاد و غيبه الشاهدين قبل قوله أيضا (١) و لو علم عدم اشـهاده ليس له الرجوع (٢) نعم لو علم أنه وفاه و لكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه (٣)، لان الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء و المفروض تحققه.

(تم كتاب الضمان)

---

(١) لما تقـدم، إذ لا فرق فى تصديقه بين كون المأمور به هو الأداء المطلق أو المقيد بالإشـهاد أو غيره، فان قوله حجه فيما يرجع أمره إليه ما لم يثبت خلافه.

(٢) لعدم تحقق ما يتوقف عليه جواز الرجوع.

(٣) الا انه بعيـد غايته، بل هو ممنوع، فإن الإشـهاد لما كان قيدا للمأمور به- كما هو المفروض- لم يكن الأداء المطلق بمأمور به لا محاله و من غير تأثير لما هو الداعى له

على هذا التقييد، و معه فكيف يجوز له الرجوع عليه.

و اللّه ولى التوفيق

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۴۱

[كتاب الحواله]

اشاره

كتاب الحواله و هى عندهم تحويل المال من ذمه إلى ذمه. و الأولى أن يقال: إنها احاله المديون دائنه إلى غيره، أو احاله المديون دينه من ذمته إلى ذمه غيره. و على هذا فلا ينتقض فيه طرده بالضمان، فإنه و إن كان تحويلا من الضامن للدين من ذمه المضمون عنه الى ذمته، الا- أنه ليس فيه الإحاله المذكوره (۱) خصوصا إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه. و يشترط فيها مضافا الى البلوغ و العقل و الاختيار (۲)

---

(۱) فان الفرق بينهما واضح، فإن المعامله هنا إنما هى بين الدائن و المدين حيث أن الثانى ينقل ما فى ذمته إلى ذمه غيره، بخلاف الضمان حيث تكون المعامله بين الدائن و الأجنبى و يستلزم نقل ما فى ذمه الغير إلى ذمته.

(۲) و هذه هى الشروط العامه المعتبره فى جميع العقود و قد تقدم بيان أدلتها فى مورده.

غير أن من غير الخفى ان هذه الشروط انما تعتبر فيمن يكون طرفا للعقد خاصه و لا تعتبر فى الأجنبى عنه.

و من هنا فحيث ان الحواله عقد قائم بين المحيل و المحتال- الدائن

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۴۲

....

و المدين- فقط، و أما المحال عليه- فى فرض اشتغال ذمته- أجنبى عنها بالمره، فلا وجه لاعتبار هذه الشرائط فيه- فإنه لا مانع من الحواله على الصغير و المجنون و من لم يرض بها، إذ لمن يملك المال فى ذممهم ان يملكه لغيره و ينقله اليه كيف ما يشاء ببيع أو صلح أو حواله أو غيرها و من دون أن يكون لمن

عليه الحق أى اعتراض فى ذلك، فإنه لا يعتبر رضاه به جزما باعتبار كونه أجنبيا عن المعامله و على تقدير احتمال اعتباره- و ان كان بعيدا جدا- فهو أمر خارجى لا محاله و ليس من الرضا المعاملى فى شى ء كى يعتبر فى صاحبه الشروط المذكوره.

نعم لو كانت الحواله على البرى ء وجب توفر الشروط المذكوره- غير الفلس- فى المحال عليه أيضا، نظرا لكونها غير ملزمه بالنسبه إليه، إذ المفروض ان المحيل لا يستحق عليه شيئا، و من هنا فلا بد فى صحتها من رضاه و قبوله لانتقال الدين من ذمه المحيل الى ذمته.

و حيث انه لا عبره برضى فاقد هذه الشروط. فان رضى الصغير كالعدم و عمده كالخطإ، و لا أثر لقبول المجنون و المكره، و ليس للسفيه إشغال ذمته بشى ء من دون إذن وليه، اعتبر فى صحتها توفر الشروط لا محاله.

نعم لا يعتبر فيه عدم الحجر للفلس، باعتبار اختصاص دليل الحجر عليه بالتصرف فى أمواله الخارجيه خاصه، و عدم شموله لاشغال

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۴۳

و عدم السفه (۱)

ذمته بشى ء، فإن الدليل قاصر الشمول لمثله، و لذا يصح إجارته لنفسه بل و استقراضه أيضا.

فليس هو كالسفيه، حيث يكون ممنوعا من التصرف فى ذمته و اشتغالها فضلا عن أمواله الخارجيه.

نعم لا يشارك الدائن الجديد الغرماء السابقين فى أمواله، فإنها و بحكم حجر الحاكم عليها تختص بالغرماء حين الحجر دون غيرهم، بلا فرق فى ذلك بين كون سبب الدين اختياريا- كالاستقراض- أو قهريا- كالإتلاف.

و الحاصل: ان إطلاق الحكم باعتبار هذه الشروط فى المحال عليه مما لا يمكن المساعده عليه، فإنه ان كان مشغول الذمه للمحيل لم يعتبر فيه أى شرط على الإطلاق، و ان كان

بری ء الذمه بالنسبه إلیه اعتبر فیه البلوغ و العقل و الاختیار و عدم الحجر علیه للسفه خاصه.

(۱) اما بالنسبه إلی المحال علیه فقد عرفت الحال فیه.

و اما بالنسبه إلی المحیل نفسه، فالظاهر انه کاعتبار عدم الحجر علیه لفلس لا وجه له فیما إذا کانت الحواله علی بری ء الذمه.

اما عدم اعتبار عدم السفه فیه، فلان السفیه انما هو ممنوع من التصرف فی أمواله و اشغال ذمته بشی ء، و من الواضح خروج المعامله الموجبه لإسقاط ما ثبت فی ذمته، و اشغال ذمه الغیر به، عنهما معا، فلا

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۴۴

فی الثلاثه من المحیل (۱) و المحتال (۲)

تشمله دلیل المنع.

و اما عدم اعتبار عدم الفلس فیه فلاختصاص الحجر علیه بالتصرف فی ماله خاصه و حیث ان المفروض براءه ذمه المحال علیه بالنسبه الیه و عدم ملکه لشی ء فی ذمته، فلا تکون الحواله علیه تصرفا فی ماله فإنها لیست الا اشغالا لذمه الغیر بما ثبت فی ذمته هو.

نعم لازم ذلک جواز الرجوع علیه بعد الأداء، الا أن ذلک لا یضر شیئا بعد ما عرفته من عدم مشارکته للغرماء فی الأموال الموجوده حاله فی ذلک حال الدین الجدید.

و الحاصل: ان اعتبار هذه الشرائط بأکملها فی المحیل انما یتم فی الحواله علی مشغول الذمه، إذ لیس للصغیر و لا المجنون و لا المکره و لا المحجور علیه لسفه أو فلس التصرف فی أمواله الموجوده بالفعل و منها دینه الثابت فی ذمه المحال علیه.

و أما لو کانت الحواله علی البری ء، فلا یعتبر فیه سوی البلوغ و العقل و الاختیار إذ لا أثر لعقد الصغیر و المجنون و المکره، دون عدم الحجر علیه لسفه أو فلس.

(۱) علی تفصیل عرفته.

(۲)

بلا إشكال فيه، إذ الحواله نقل لدينه و ماله الثابت فى ذمه المحيل، و هو تصرف فيه جزما فتتوقف صحته على رضاه و يعتبر فيه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۴۵

و المحال عليه (۱) و عدم الحجر بالسفه (۲) فى المحتال (۳) و المحال عليه (۴)، بل و المحيل، إلا إذا كانت الحواله على البرى ء فإنه لا بأس به (۵) فإنه نظير الاقتراض منه-

[و يشترط فيها مضافا الى البلوغ و العقل و الاختيار أمور]

اشاره

أمور

[(أحدها): الإيجاب و القبول]

(أحدها): الإيجاب و القبول، على ما هو المشهور بينهم حيث عدوها من العقود اللازمه. فالإيجاب من المحيل و القبول من المحتال. و أما المحال عليه فليس من أركان العقد و إن اعتبرنا رضاه مطلقا أو إذا كان بريئا، فإن مجرد اشتراط الرضا لا يدل على كونه طرفا و ركنا للمعامله

توفر الشروط بأجمعها إذ لا أثر لرضى الصغير و المجنون و المكره و غير الرشيد و المفلس بالنسبه إلى ماله الموجود بالفعل.

(۱) على اشكال قد عرفت تفصيله.

(۲) ذكر السفه من سهو القلم أو غلط النساخ جزما، و الصحيح الفلس- كما هو أوضح من أن يخفى.

(۳) لما تقدم.

(۴) على إشكال بل منع- كما عرفته-، فإنه لا يعتبر فيه عدم الحجر للفلس مطلقا سواء أ كان مشغول الذمه للمحيل أم لم يكن.

(۵) لما عرفته من اختصاص الحجر عليه بالتصرف فى ماله، و الحواله على البرى ء خارجه عنه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۴۶

و يحتمل أن يقال: يعتبر قبوله أيضا (۱)، فيكون العقد مركبا من الإيجاب و القبولين. و على ما ذكروه يشترط فيها ما يشترط فى العقود اللازمه من الموالاه بين الإيجاب و القبول و نحوها، فلا تصح مع غيبه المحتال أو المحال عليه أو كليهما،

---

(١) الا ـ انه بعيـد جـدا، فـإنه لا دليل عليه، بل لا وجه له بالمره، فإنه خارج عن المعاقـده بالكليه، فإن العقـد انما هو بين المحيل و المحتال خاصه و لا دور للمحال عليه فيه أصلا.

فإنه إذا كان مشـغول الـذمه للمحيل بالجنس الـذى أحال غيره عليه، فالأمر واضـح، فإن أمر المال بيـد مالكه- المحيل- و له نقله كيف ما يشاء و بأى سبب يختاره من بيع أو صلح أو هبه أو غيرها من

دون أن يكون لمن اشتغلت ذمته به حق فی الاعتراض علیه.

و من هنا: فلا یعتبر رضاه فضلا عن قبوله.

و اما إذا کان بری ء الذمه بالنسبه الیه أو کانت الحواله بغیر جنس الدین، فیعتبر رضاه لا محاله، إذ لیس للمحیل سلطنه علی اشغال ذمه المحال علیه بأصل المال أو الجنس الخاص بعد فرض فراغها منه.

الا- أن اعتبار رضاه هذا لیس علی حد جعله طرفا للمعاقده و الإیجاب و القبول، بل غایته اعتباره فی صحه العقد بمعنی عدم صحته بدونه کما هو الحال فی العقد الفضولی، و من الواضح أنه لا- یستلزم کونه طرفا للعقد و احتیاج الإیجاب الواحد الی قبولین.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۴۷

بأن أوقع الحواله بالکتابه (۱). و لکن الذی یقوی عندی کونها من الإیقاع (۲)

و منه یظهر ما فی کلام صاحب الجواهر (قده) من عدم وجدان القائل بترکب العقد من إیجاب و قبولین، و ان کان هو مقتضی ما تسمعه من دلیلهم.

إذ لم یظهر له وجه، فان الدلیل انما اقتضی توقف اشتغال ذمه المحال علیه بأصل المال أو الجنس المخصوص علی رضاه و عدم صحته من دونه و اما کونه طرفا للعقد فلم یدل علیه دلیل علی الإطلاق.

و الحاصل: انه لا- دلیل علی اعتبار القبول من المحال علیه و جعله طرفا للعقد إذ غایه دلالته اعتبار رضاه و هو لا یقتضی کونه طرفا فیه.

و من هنا: فلا یعتبر فی رضاه ما یشترط فی الإیجاب و القبول من الموالاه و نحوها.

(۱) علی اشکال ستعرفه.

(۲) و فیه ما لا یخفی من فساد مبناه، فان النقل من ذمه إلی أخری لیس وفاء للدین علی الإطلاق، و انما هو تبدیل لمکان الدین و ظرفه لا أکثر

إذ المحيل ينتقل ما فى ذمته للمحتال إلى ذمه المحال عليه.

و منه يظهر الحال فيما ذكره (قده) من عد الوفاء بغير الجنس من الإيقاع، فإنه فاسد قطعا، لرجوعه الى تبديل المال الثابت فى ذمته بالمال الجديد، و المعاوضه بين المالين، و هو من العقود جزما.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۴۸

غايه الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال عليه و مجرد هذا لا يصيره عقدا، و ذلك لأنها نوع من وفاء الدين، و ان كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمه المحال عليه، فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء. و هو لا يكون عقدا و ان احتاج الى الرضا من الآخر، كما فى الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الدائن و مع ذلك إيقاع، و من ذلك يظهر أن الضمان أيضا من الإيقاع، فإنه نوع من الوفاء و على هذا فلا يعتبر فيها شى ء مما يعتبر فى العقود اللازمه، و يتحققان بالكتابه و نحوها (۱). بل

كما يظهر الحال فى عده (قده) للضمان و الوكاله من الإيقاع أيضا.

إذن: فالصحيح فى المقام هو ما ذهب اليه المشهور من كون الحواله عقدا بين المحيل و المحتال، لكونها تبديلا لما فى ذمته للمحتال بماله فى ذمه المحال عليه.

(۱) إلا أن تحققهما بها و نحوها لازم أعم لكونهما إيقاعا، فإنهما يصحان بها حتى مع كونهما عقدا، و ذلك لتحقق إبراز الاعتبار النفسانى بها.

بل يمكن الالتزام بصحتهما بها مع عدم الموالاه أيضا إذ لا دليل على اعتبارها و لا سيما فيما هو متعارف خارجا من الحواله بالرسائل، فإنه لو كان التزام المحيل باقيا الى حين وصول الرساله إلى المحتال

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۴۹

يمكن دعوى أن الوكاله أيضا كذلك (١)- كما ان الجعاله كذلك- و ان كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر.

الا ترى أنه لا فرق (٢) بين أن يقول: «أنت مأذون فى بيع دارى» أو قال: «أنت وكيل»، مع أن الأول من الإيقاع قطعا.

و قبوله الحواله، تحقق العقد و انضمام التزام الى التزام لدى العرف و العقلاء و حكم بصحته لا محاله.

إذن: فلا يمكن جعل تحققهما بالكتابه و نحوها من آثار كونهما من الإيقاعات لما عرفته من كون ذلك لازما أعم لكونهما من الإيقاعات و كونهما من العقود.

(١) الا انها بعيده غايه البعد، فإن الوكاله إعطاء سلطنه للغير و أقامته مقام نفسه و لا بد فيها من القبول. و من هنا فهى من العقود قطعا.

(٢) بل الفرق بينهما ظاهر، فإن الإذن ترخيص محض ممن بيده الأمر فى متعلقه من الأمور التكوينيه كالأكل أو الاعتباريه كالبيع، بخلاف الوكاله فإنها سلطنه اعتباريه يمنحها الموكل إلى غيره و لا بد من قبوله كما و لا بد من تعلقها بالأمور الاعتباريه إذ لا معنى للتوكيل فى الأمور التكوينيه كالأكل و الركوب و ما شاكلهما.

نعم يستثنى من ذلك القبض حيث يصح فيه التوكيل فيكون قبض الوكيل قبضا للموكل، و قد تعرضنا إليه فى بعض المباحث السابقه أيضا.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٥٠

....

ثم أن الوكاله تفترق عن الأذن فى جمله أمور:- منها: ارتفاع الوكاله بفسخ الوكيل، فإنها عقد جائز و يصح للوكيل فسخه، فإذا فعل ذلك أصبح أجنبيا عن متعلقها. و يكون تصرفه فيه تصرفا فضوليا لا يترتب عليه أثر بالنسبه إلى الموكل، بخلاف الأذن حيث أنه غير قابل للرفع من قبل المأذون لعدم توقفه على قبوله.

و من هنا فلو أذن

له فى شى ء و رفض المأذون ذلك ثم بدا له القيام به كان له ذلك لكونه مأذونا فيه بعد لبقاء الأذن و عدم ارتفاعه بالرفض.

ثم أن الماتن (قده) و ان لم يلتزم بهذا الفرق بين الوكاله و الأذن عند تعرضه إليه فى كتاب الوكاله من ملحقات العروه حيث اختار (قده) عدم بطلان الوكاله بعزل الوكيل نفسه معللا ذلك بأنها من الإيقاعات لا العقود، الا أنه يكفينا فى الاشكال عليه عدم انسجام ذلك مع التزامه (قده) باعتبار رضا الوكيل، إذ ان لازم كونها إيقاعا و الحكم بعدم انعزال الوكيل بعزل نفسه، الالتزام بعدم اعتبار رضاه فى صحه الوكاله.

فالجمع بين الحكمين فى غير محله و لا يمكن المساعده عليه.

و منها: ان الوكاله قد تكون لازمه بالعرض بحيث لا يكون للموكل رفع اليد عن توكيله، كما إذا أخذت شرطا فى ضمن عقد لازم حيث

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۵۱

[(الثانى): التنجيز]

(الثانى): التنجيز، فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف- كما هو ظاهر المشهور- و لكن الأقوى عدم اعتباره (۱)- كما مال اليه بعض متأخرى المتأخرين.

تكون لازمه بتبع العقد باعتبار أنه أنما يكون لازما بجميع شئونه و توابعه و منها الوكاله، بخلاف الأذن حيث لا يمكن فرضه لازما و غير قابل للرفع حتى و لو أخذ فى ضمن عقد لازم، فإنه أمر تكوينى يرتفع برفعه من قبل الآذن وجدانا، غايه الأمر ثبوت الخيار للمأذون فى العقد الذى أخذ شرطا فى ضمنه نظرا لتخلف الشرط.

و منها: نفوذ تصرف الوكيل حتى مع ظهور عزله عن الوكاله حين صدوره منه ما لم يبلغه الخبر- على ما دل عليه النص الصحيح- بخلاف تصرف المأذون بغير سلطنه اعتباريه بالوكاله، حيث لا يكون

تصرفه نافذا فيما لو ثبت رجوع الآذن عن اذنه حين التصرف.

إلى غير ذلك من الفروق.

إذن: فالقول بعدم الفرق بينهما مجازفه لا يمكن المساعده عليها بوجه.

(۱) تقدم الكلام منا فى اعتبار التنجيز غير مره فى مباحث المكاسب و غيرها، و قد عرفت فقدان الدليل اللفظى على اعتباره، و انه انما ثبت بالإجماع عليه خاصه.

و من هنا فلا بد فى الحكم باعتباره من تتبع موارد ثبوته، ففى كل مورد تم الإجماع على اعتباره فهو، و الا فلا موجب للالتزام باعتباره

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۵۲

[(الثالث): الرضا من المحيل و المحتال بلا اشكال]

(الثالث): الرضا من المحيل و المحتال بلا اشكال (۱) و ما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، بان قال للمحتال: «أحلت بالدين الذى لک على فلان على نفسى»، و حينئذ فيشترط رضا المحتال و المحال عليه دون المحيل. لا وجه له، إذ المفروض لا يكون من الحواله بل هو من الضمان (۲). و كذا من المحال عليه إذا كان بريئا، أو كانت الحواله بغير جنس

حتى و لو كان ذلک مشهورا، إذ لا حجيه للشهره و لذا التزمنا بصحه الوكاله المعلقه مستشهدين على عدم تحقق الإجماع على اعتبار التنجيز فيها بتصريح المحقق القمى (قده) فى جامع شتاته به.

و حيث أن الحواله أيضا كذلک، إذا لم يتم الإجماع على اعتباره فيها، كما يشهد له عدم تعرض جمله ممن ذكروه شرطا فى باقى العقود له الى اعتباره فيها، فلا موجب لاعتباره. و يكفينا فى ذلک الشک فى تحقق الإجماع.

(۱) نظرا لكون الحواله عقدا يقتضى انتقال الدين الثابت للمحتال فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فيتوقف على رضا طرفيه لا محاله.

(۲) فإن الحواله- و كما عرفتها-

عقد بين الدائن و المدين، فى حين ان هذا عقد بين الدائن و الأجنبى فيكون ضمانا و ان عبر عنه بالحواله.

ما عليه (۱). و أما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف (۲)

---

(۱) إذ لا سلطنه للمحيل على اشغال ذمه المحال عليه بأصل المال أو الجنس الخاص بعد ان كانت بريئه منه.

(۲) نسب الى المشهور القول باعتباره، بل عن الأردبيلى (قده) دعوى عدم الخلاف فيه، بل احتمل بعضهم كونه طرفا للعقد- كما تقدم.

لكنه- لو تم ما نسب الى المشهور- لا وجه له، فان المال ملك للمحيل و له نقله الى من شاء و بأى سبب يختاره من بيع أو صلح أو هبه أو حواله أو غيرها و من غير أن يكون لمن عليه الحق الاعتراض عليه، فإنه أجنبى عن المال و عليه أداءه إلى مالكه.

نعم قد يعلل ذلك باختلاف الناس فى الاقتضاء من حيث السهوله و الصعوبه و حيث انه مما يؤثر مباشره على المحال عليه فلا بد من اعتبار رضاه بنقل المال من ملك المحيل الى ملك المحتال.

الا- أنه واضح الاندفاع، إذ لا- يعتبر فى صحه النقل تساوى الطرفين فى الاقتضاء و لذا لم يذهب إليه أحد فى بيع الدين على الإطلاق، فإنه يصح سواء أرضى المدين أم لم يرض به، سواء أ كان المشترى سهلا فى الاقتضاء أم صعبا.

على أنه لو تم ما ذكر لكان لازمه تخصيص الحكم باعتبار رضا المحال عليه بما لو كان المحتال شديد المطالبه و صعبا فى الاقتضاء، كما

و لا يبعد التفصيل (۱) بين أن يحول عليه بماله عليه، بأن يقول: «أعطه من الحق الذى لى

عليک» فلا يعتبر رضاه، فإنه بمنزله الوکيل فی وفاء دينه (۲) و ان کان

هو واضح.

(۱) بل هو بعيد جدا، بل لم يظهر له وجه محصل، فإنه لو أحاله عليه مقيدا بکونها غير ما يطلبه، کما لو صرح بکونها أجنبيه عما له فی ذمته، فلا إشکال فی بقاء ذمه المحال عليه مشغوله بما کان للمحيل عليه أولا، فإنه من الحواله علی البری ء جزما و خارج عن محل الکلام إذ المفروض الحواله علی المدين بوصف کونه مدينا و هذه حواله علی المدين مقيدا بعدم هذا الوصف.

و أما لو أحاله عليه بمثل ما عليه من الحق لکن من غير تقييد بکونها من الحق الذی له عليه أو عدمه، فلا ينبغی الإشکال أيضا فی انطباقه علی الفرد الذی له عليه قهرا و انتقال ملکيه المال الی المحتال و بذلک فيکون حالها حال الحواله المقيده بکونها من الحق الذی عليه.

(۲) التعليل بکون المحال عليه بمنزله الوکيل، بعد غريبا منه (قده) و لعله من سهو قلمه الشريف، إذ المحال عليه- بعد تماميه الحواله- انما يفی الدين عن نفسه، لاشتغال ذمته به للمحتال بعد براءه ذمه المحيل بالحواله.

و هو لا ينسجم مع کونه وکيلا فيه، فان الوکيل إنما يؤدی عن

بنحو اشتغال ذمته للمحتال و براءه ذمه المحيل بمجرد الحواله، بخلاف ما إذا وکله (۱) فإن ذمه المحيل مشغوله إلی حين الأداء. و بين أن يحوله عليه من غير نظر الی الحق الذی له عليه علی نحو الحواله علی البری ء، فيعتبر رضاه، لان شغل ذمته بغير رضاه علی خلاف القاعده (۲) و قد يعلل باختلاف الناس فی الاقتضاء فلا بد من رضاه.

و لا يخفی ضعفه، کيف،

و إلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا اشكال فيه (۳).

[(الرابع): أن يكون المال المحال به ثابتا في ذمه المحيل]

(الرابع): أن يكون المال المحال به ثابتا في ذمه المحيل

غيره. في حين ان المحال عليه إنما يفي عن نفسه- كما هو واضح.

على أنه لو كان وكيلا- للزم اعتبار رضاه مطلقا حتى بناء على مختاره (قده) من كون الوكاله من الإيقاعات «و هذا يتنافى مع تصريحه (قده) بعدم اعتبار رضاه في هذه الصوره.

(۱) إذا كان المراد من هذه الصوره- الأولى- التوكيل في الأداء فلا ينبغي الإشكال في عدم فراغ ذمه المحال عليه من الدين، إلا أنه خارج عن محل الكلام فإن الحواله باب و الوكاله باب آخر، و لا يجوز الخلط بينهما.

(۲) لكنك قد عرفت الاشكال فيه و أن الانطباق حينئذ قهري.

(۳) مضافا إلى ما ذكرناه من لزوم تخصيص الاعتبار بفرض

سواء كان مستقرا أو متزلزلا (۱)، فلا تصح في غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعاله قبل العمل و مال السبق و الرمايه قبل حصول السبق، أو لم يوجد سببه أيضا كالحواله بما يستقرضه هذا هو المشهور. و لكن لا يبعد كفايه حصول السبب كما ذكرنا في الضمان (۲)

صعوبه المحتال في الاقتضاء.

(۱) لتوقف صدق الحواله و نقل الدين من ذمه إلى أخرى عليه، إذ المعدوم لا يقبل الانتقال الى وعاء آخر.

(۲) و قد تقدم الاشكال عليه هناك مفصلا حيث قد عرفت ان بطلان ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها، إذ الضمان الفعلي بمعنى اشتغال ذمه الضامن قبل اشتغال ذمه المضمون عنه أمر غير معقول، فان المعدوم لا يعقل انتقاله إلى ذمه الغير و انقلابه موجودا، فما لا ثبوت له في ذمه

المضمون عنه لا يمكن نقله إلى ذمه الضامن ليثبت فيها بالفعل.

و الضمان على نحو الواجب المشروط بمعنى إنشاء انتقال المال من ذمته إلى ذمه الضامن فى ظرفه و بعد ثبوته، و ان كان أمرا معقولا فى حد ذاته، إلا انه باطل لعدم تعارفه بين العقلاء مضافا الى عدم شمول أدله الصحه له نظرا لظهورها فى ترتب الأثر على العقد بالفعل و من حين الإنشاء، فلا تشمل العقود المقتضيه لترتب الأثر عليها بعد

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۵۷

بل لا يبعد الصحه (۱) فيما إذا قال: «أقرضنى كذا و خذ عوضه من زيد» فرضى و رضى زيد أيضا، لصدق الحواله و شمول العمومات، فتفرغ ذمه المحيل و تشتغل ذمه المحال بعد العمل و بعد الإقراض.

[(الخامس): أن يكون المال المحال به معلوما جنسا و قدرا للمحيل و المحتال]

(الخامس): أن يكون المال المحال به معلوما جنسا و قدرا للمحيل و المحتال، فلا تصح الحواله بالمجهول على

مرور فتره من وقوعها الا ما خرج بالدليل كالوصيه.

و هذا الذى تقدم فى الضمان يجرى بعينه و حرفيا فى الحواله أيضا فإن الحواله الفعليه بمعنى انتقال الدين بالفعل من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه أمر غير معقول لاستحاله انتقال المعدوم و الحواله على نحو الواجب المشروط و ان كان أمرا معقولا الا إنها محكومه بالبطلان لعدم شمول أدله الصحه لها.

إذن: فما ذكره (قده) من كفايه حصول السبب للدين فى صحه الحواله قبل ثبوته فى الذمه بعيد غايته و لا يمكن المساعده عليه بوجه.

و الصحيح ما ذهب اليه المشهور من اعتبار ثبوته بالفعل فى صحتها من غير فرق بين كونه مستقرا أو متزلزلا.

(۱) بل هى بعيده غايه البعد لما عرفته فى سابقه، فإنه من أظهر مصاديق ضمان ما لم يجب المحكوم بعدم المعقوليه

على تقدير و البطلان على تقدير آخر.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۵۸

المشهور للغرر. و يمكن أن يقال بصحته إذا كان آئلا إلى العلم (۱) كما إذا كان ثابتا فى دفتره، على حد ما مر فى الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن (۲) بل و كذا لو قال: «كلما شهدت به البينه و ثبت خذه من فلان» (۳).

نعم لو كان مبهما كما إذا قال: «أحد الدينين الذين لك على خذه من فلان» بطل (۴)، و كذا لو قال:

«خذ شيئا من دينك من فلان». هذا و لو أحال الدينين

---

(۱) إذ لا دليل على اعتبار نفى الغرر مطلقا و فى جميع الموارد، فان الثابت اعتباره فى خصوص البيع و قد الحق به الأصحاب الإجاره و ما شاكلها من العقود.

على أنه لا غرر فى المقام فإن الحواله ليست الا تبديلا لمكان الدين و نقله من ذمه المحيل على واقعه إلى ذمه المحال عليه، و هو لا يستلزم خطرا على أحد طرفى العقد، فان المحتال سيأخذ ما كان له بحسب الواقع على المحيل و ينقص ذلک من دين المحيل على المحال عليه.

(۲) لما تقدم.

(۳) لما تقدم أيضا.

(۴) إذ المردد و المبهم مما لا واقع له حتى فى علم اللّه تبارک و تعالى

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۵۹

على نحو الواجب التخييرى أمكن الحكم بصحته (۱) لعدم الإبهام فيه حينئذ.

و ما هو كذلک لا يقبل النقل من ذمته إلى ذمه غيره، إذ الثابت فى الذمه أمر معين غير مردد.

(۱) فيما إذا تساوى الدينان كما و كيفا، كما لو كان المحيل مدينا لزيد بعشره دنانير عن

ثمن مبيع اشتراه منه و بعشره أخرى عن دين استقرضه منه فأحاله على عمرو بعشره دنانير خاصه، فإنها محكومه بالصحه جزما حيث لا خصوصيه فى الدين من حيث سببه و أنه بسبب القرض أو الشراء فتكون الحواله متعلقه بالجامع قهرا.

و بعباره أخرى: ان الحواله فى هذا الفرض متعلقه بالمعين دون المردد، فإنها احاله للمحتال على المحال عليه بنصف ماله عليه- المحيل.

و أما إذا اختلف الدينان فالفرض عين فرض الدين مبهما و مجهولا و ليس هو شيئا آخر فى قباله، فإنه مبهم و مردد و لا واقع له حتى فى علم اللّه عز و جل، و معه فلا وجه للحكم بصحتها.

و الحاصل: ان استثناء الحواله على نحو الواجب التخييرى مع الحكم ببطلان الحواله بالدين المبهم فى غير محله و لا يمكن المساعده عليه، فإنها مع تساوى الدينين خارجه تخصصا لكونها حواله بالمعين و ان جهل سببه، و مع عدم التساوى عين الحواله بالمجهول بحسب الواقع.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۶۰

[(السادس): تساوى المالين]

(السادس): تساوى المالين أى المحال به و المحال عليه- جنسا و نوعا و وصفا، على ما ذكره جماعه، خلافا لآخرين. و هذا العنوان و ان كان عاما الا أن مرادهم- بقرينه التعليل بقولهم: تفصيا من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع الا مثل ما عليه- فيما كانت الحواله على مشغول الذمه بغير ما هو مشغول الذمه به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم، فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البرى ء بأن يدفع الدنانير (۱) أو على مشغول الذمه بالدنانير بأن يدفع الدراهم

(٢) و لعله لأنه وفاء بغير الجنس برضا الدائن.

فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس. و الوجه فى عدم الصحه: ما أشير إليه من أنه

---

(١) فإنها محكومه بالصحه قطعا بعد رضى كل من المحتال و المحال عليه بها فإنها ترجع إلى مبادله بين الدائن- المحتال- و المدين- المحيل أولا بتبديل ما فى ذمته للمحال، بالجنس الجديد ثم احالته به على المحال عليه البرى ء، فيحكم بصحتها لعدم شمول دليل المنع لها، إذ لا منافاه فيها للسلطنه المحتال أو المحال عليه بالمره كما هو واضح.

(٢) فترجع إلى المعارضه بين المحيل و المحال عليه بتبديل ما للأول

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٦١

لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه. و أيضا الحكم على خلاف القاعده.

و لا إطلاق فى خصوص الباب، و لا سيره كاشفه، و العمومات منصرفه إلى العقود المتعارفه. و وجه الصحه:

أن غايه ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس و لا بأس به.

و هذا هو الأقوى (١). ثم لا- يخفى أن الاشكال إنما هو فيما إذا قال: «أعط مما لى عليك من الدنانير دراهم» بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التى عليه. و أما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر الى ما عليه من الدنانير فلا ينبغى الإشكال فيه، إذ هو نظير إحاله من له الدراهم على البرى ء، بأن يدفع الدنانير، و حينئذ فتفرغ ذمه المحيل من الدراهم، و تشتغل ذمه المحال عليه بها، و تبقى

على الثانى بالجنس الجديد الذى للمحتال على المحيل أولا ثم أحاله المحتال بذلك عليه فتكون الحواله بالجنس الذى له عليه لا محاله.

(١) فيما إذا رضى المحال عليه بها، إذ أنها ترجع حينئذ

إلى معامله معاوضيه بين المحيل و المحال عليه بتبديل ماله عليه بالجنس الجديد ثم أحاله المحتال عليه.

و هى محكومه بالصحه جزما، الا إنها ليست من الوفاء بغير الجنس كما ذكره (قده) فإنه و بعد ثبوت الجنس الجديد بالمعامله الجديده

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۶۲

ذمه المحال عليه مشغوله بالدنانير، و تشتغل ذمه المحيل له بالدراهم، فيتحاسبان بعد ذلك و لعل الخلاف أيضا مختص بالصوره الأولى، لا ما يشمل هذه الصوره أيضا (۱) و على هذا فيختص الخلاف بصوره واحده و هى ما إذا كانت الحواله على مشغول الذمه بأن يدفع من طرف ما عليه من الحق بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التى عليه دراهم.

[مسائل]

[(مسأله ۱): لا فرق فى المال المحال به بين أن يكون عينا فى الذمه أو منفعه أو عملا لا يعتبر فيه المباشره]

(مسأله ۱): لا فرق فى المال المحال به بين أن يكون عينا فى الذمه أو منفعه أو عملا لا يعتبر فيه المباشره (۲)

فى ذمه المحال عليه بدلا عن الذى كان ثابتا عليه، تكون الحواله به حواله بالجنس لا محاله.

و أما لو لم يرض المحال عليه بها، فلا مقتضى للحكم بصحتها، إذ لا موجب لالتزام المدين بغير ما هو مشغول الذمه به.

إذن فالصحيح هو التفصيل بين رضا المحال عليه بها فتصح، و عدمه فيحكم ببطلانها.

(۱) فإنها معامله مستقله عن الدين الثابت فى ذمه المحال عليه، فتكون من قبيل الحواله على البرى ء تصح مع رضى المحال عليه بها.

(۲) للقواعد العامه المقتضيه للصحه مضافا إلى إطلاق جمله من نصوص الباب حيث لم يرد فى شى ء منها تقييد المحال به بكونه عينا فى الذمه، فإن الأجير لما كان مدينا بالعمل أو المنفعه للمستأجر كان

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۶۳

و لو مثل الصلاه و الصوم و الحج و الزياره و القراءه (۱)،

سواء أ كانت على البرى ء أو على مشغول الـذمه بمثلها (٢) و أيضـا لا فرق بين أن يكون مثليا كالطعام أو قيميا كالعبـد و الثوب (٣) و القول بعدم الصحه فى القيمى للجهاله، ضعيف، و الجهاله مرتفعه بالوصف الرافع لها (۴).

له نقله إلى ذمه الغير بالحواله و جعل ذمه الغير هى مشغوله به.

(۱) فـان جميع ذلـک و ان لـم يکـن مـذکورا فی النصـوص، إلاـ أنـه يكفينـا فی الحكم بصـحتها كونهـا على القاعـده فتشـملها العمومات.

(۲) غايه الأمر اعتبار رضى المحال عليه فى الأول كما عرفت.

(۳) لما تقدم من العمومات و اقتضاء بعض الأدله الخاصه له.

(۴) إذ لاـ ملاـزمه بين الجهـاله فى القيميـات و بين الإبهـام المـوجب للبطلاـن، فـإنه يمكن رفع الإبهـام بتعيين المحـال به القيمى بالأوصاف.

و لو لا ذلک لما أمكن تصحيح بيعه أيضا فإن ما لا تعين له فى الواقع لا يقبل جعله عوضا أو معوضا و نقله إلى الغير، و إنما صح ذلک لارتفاع الإبهام بذكر المواصفات المميزه له عن غيره.

و من هنا: فإذا صح بيعه و اشتغلت ذمه البائع به صح نقله إلى ذمه الغير بالحواله لنفس الملاک فيكون المحال عليه كأنه هو البائع فى اشتغال ذمته به للمحتال.

نعم لو كانت الجهاله موجبه للإبهام المطلق بحيث لا يكون للمحال

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۶۴

[(مسأله ۲): إذا تحققت الحواله برئت ذمه المحيل و ان لم يبرءه المحتال]

(مسأله ۲): إذا تحققت الحواله برئت ذمه المحيـل (۱) و ان لم يبرءه المحتـال (۲). و القول بالتوقف على إبرائه، ضـعيف (۳). و الخبر (۴) الدال على تقييد عدم الرجوع

به تعيين حتى فى الواقع و علم اللّه تبـارک و تعالى، تعين الحكم ببطلانها لا محاله لعـدم شـمول أدله الإمضاء له و عـدم معقوليه الحكم باشتغال الذمه بما

لا تعين له فى الواقع.

(۱) لان مقتضاها نقل الدين عن ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه- كما عرفت فى معنى الحواله- و هو يعنى فراغ ذمه المحيل منه و اشتغال ذمه المحال عليه به، و معه فإثبات اشتغال الذمه للمحيل ثانيا بعد فراغها من الدين يحتاج الى الدليل لعدم السلطنه للمحتال عليه و هو مفقود.

(٢) إذ لا حاجه إليه بعد تحقق البراءه من دونه، فاعتباره لا يرجع الا الى تحصيل الحاصل.

(٣) لما تقدم.

(۴) و هى معتبره زراره عن أحدهما (ع) (فى الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال: برئت مما لى عليك، فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه و ان لم يبرأه فله أن يرجع على الذى أحاله) «۱».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۱ من أبواب الضمان، ح ۲.

على المحيل بالإبراء من المحتال، المراد منه القبول، لا اعتبارها بعده أيضا. و تشتغل ذمه المحال عليه للمحتال فينتقل الدين الى ذمته و تبرأ ذمه المحال عليه للمحيل ان كانت الحواله بالمثل بقدر المال المحال به، و تشتغل ذمه المحيل للمحال عليه إن كانت على برى ء أو كانت بغير المثل، و يتحاسبان بعد ذلك.

و هى معتبره سندا و واضحه دلاله، الا أنها معارضه بما دل على عدم الاعتبار.

ففى صحيحه أبى أيوب أنه سأل أبا عبد اللّه (ع): (عن الرجل يحيل الرجل بالمال أ يرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبدا الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك) «۱».

و نحوها صحيحه منصور بن حازم «۲».

و فى روايه عقبه بن جعفر عن أبى الحسن (ع) قال: (سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفى ثم

يتغير حال الصيرفى أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ قال لا) «۳».

و العمده فى المعارضه هى الصحيحتان الأوليان- و إلا فالروايه الأخيره لا تعدو كونها مؤيده لضعف سندها- حيث دلتا على انحصار

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۱ من أبواب الضمان، ح ۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۱ من أبواب الضمان، ح ۳.

(۳) الوسائل: ج ۱۳ باب ۱۱ من أبواب الضمان، ح ۴.

....

حق الرجوع على المحيل بفرض الإفلاس- كما يظهر ذلک من قوله (ع) أبدا). فتتعارضان مع معتبره زراره الداله صريحا على جواز الرجوع قبل الإبراء. و عندئذ يكون التقدم معهما لرجحانهما عليها بموافقتهما للكتاب العزيز حيث أن مقتضى عمومات الوفاء بالعقود الحكم باللزوم و عدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانيا.

على إننا لو غضضنا عن صحيحتى أبى أيوب و منصور بن حازم، لم يكن مجال للعمل بمعتبره زراره فى حد نفسها و القول باعتبار الإبراء فى تحقق براءه ذمه المحيل، فان هذه المعتبره متضمنه لما لا يمكن الالتزام به و لا بد من رد علمها إلى أهله.

و ذلک فلأن الحواله إما أن تكون فى نفسها و قبل الإبراء من المحتال صحيحه و موجبه لنقل ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه.

و إما ان تكون فاسده غير مؤثره فى النقل و الانتقال.

فعلى الأول: فاعتبار الإبراء من تحصيل الحاصل لتحقق البراءه بحسب الفرض قبله، فان الدين إذا انتقل عن ذمه المحيل برئت ذمته لا محاله و الا لما كان الدين منتقلا.

و على الثانى: فالإبراء و ان كان موجبا لبراءه ذمه المحيل حينئذ كما هو واضح لعدم تحققها قبله، إلا ان معه لا وجه لرجوع المحتال على المحال

علیه، نظرا لعدم انتقال المال الی ذمته و عدم اشتغالها به له.

فالجمع بین الحکمین- جواز رجوع المحتال علیه بموجب الحواله

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۶۷

....

و اعتبار إبراءه فی براءه ذمه المحیل- جمع بین المتنافیین و لا یمکن المساعده علیه.

و بعباره أخری: ان الإبراء الذی هو بمعنی إسقاط المحتال للدین الثابت فی ذمه المحیل إما ان یکون بعوض و بإزاء اشتغال ذمه المحال علیه به و إما أن یکون مجانا.

فعلی الأول: فهو عین القبول و لیس شیئا فی قباله، فإن قبول المحتال للحواله إنما یعنی موافقته علی ما أنشأه المحیل من براءه ذمته و اشتغال ذمه المحال علیه.

و مما یساعد علی اراده هذا المعنی من الإبراء انه لم تذکر فی الروایه قبولا للمحتال بغیر هذا العنوان- الإبراء.

و علی الثانی: فإن کانت الحواله هذه محکومه بالصحه و انتقال ما فی ذمه المحیل إلی ذمه المحال علیه، فلا موضوع للإبراء المجانی لعدم اشتغال ذمه المحیل حینئذ بشی ء.

و ان لم تکن کذلک فالإبراء و ان کان صحیحا و فی محله، الا أنه لا وجه لرجوع المحتال علی المحال علیه لأخذ المال منه، إذ المفروض عدم انتقال المال الی ذمته و عدم اشتغالها بشی ء له.

و من هنا فاما ان یقال بسقوط المعتبره أو تحمل علی بعض المحامل و ان کان بعیدا.

ثم أن العبره فی رجوع المحتال علی المحیل انما هو بإفلاس المحال علیه

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۶۸

[(مسأله ۳): لا یجب علی المحتال قبول الحواله]

(مسأله ۳): لا یجب علی المحتال قبول الحواله و ان کانت علی ملی (۱).

[(مسأله ۴): الحواله لازمه]

(مسأله ۴): الحواله لازمه (۲)، فلا یجوز فسخها بالنسبه الی کل من الثلاثه. نعم لو کانت علی معسر مع

حين الحواله، و هذا و ان لم يذكر فى صحيحتى أبى أيوب و منصور بن حازم بل ان ظاهرهما قد يوهم كون العبره بإفلاس المحيل نفسه، إلا انه لا محيص عن الحمل عليه لقيام القرينه على كون المراد ما ذكرناه و فهمه الأصحاب إذ لا دخل لإفلاس المحيل حين الحواله فى جواز الرجوع عليه بل الأمر على العكس تماما فان القول بعدم جواز الرجوع عليه حينئذ أولى منه فيه إذا كان غنيا.

(۱) بلا خلاف فيه: و الوجه فيه واضح، إذ الحواله معامله معاوضيه تقتضى تبديل مال المحتال الثابت فى ذمه المحيل بمال غيره فى ذمه المحال عليه، فان المحتال انما يرفع اليد عن ماله الأول بإزاء اشتغال ذمه المحال عليه بمثله.

و من هنا فلا يلزم بقبولها فإنه غير مجبور على إجراء المعامله على ماله كما هو الحال فى سائر المعاوضات.

(۲) على ما تقتضيه أصاله اللزوم و عمومات صحه العقد ذاته، مضافا إلى بعض النصوص المتقدمه حيث حكم (ع) بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل بعد تماميه الحواله.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۶۹

جهل المحتال بإعساره يجوز له الفسخ و الرجوع على المحيل (۱) و المراد من الإعسار أن لا يكون له ما يوفى دينه زائدا على مستثنيات الدين. و هو المراد من الفقر فى كلام بعضهم و لا يعتبر فيه كونه محجورا (۲). و المناط الإعسار و الإيسار حال الحواله و تماميتها (۳) و لا يعتبر الفور فى جواز الفسخ (۴)

---

(۱) على ما

دلت عليه صحيحتا أبى أيوب و منصور بن حازم المتقدمتان حيث قيد (ع) الحكم بعدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانيا بعدم ظهور الإفلاس قبل ذلك.

(٢) لإطلاقات الأدله حيث أن مقتضاها كون العبره فى الحكم بنفس الإفلاس مع قطع النظر عن الحجر عليه لذلك و عدمه.

(٣) لإطلاقات و عمومات أدله اللزوم، بل و تقييده (ع) للإفلاس فى المعتبرتين السابقتين بقبل الحواله، فاننا و ان لم نرتض ثبوت المفهوم للوصف إلا أننا ذكرنا فى محله أن أخذ الوصف فى الحكم يدل على عدم ثبوته للطبيعى، و الا لكان ذكره لغوا محضا.

و تؤيده روايه عقبه بن جعفر المتقدمه الصريحه فى عدم جواز الرجوع فى فرض تغير الحال بعد الحواله.

الا انها ضعيفه السند بعقبه بن جعفر لكونه مجهول الحال و لم ترد له فى مجموع الكتب الأربعه و لا روايه واحده غير هذه.

(۴) خلافا لما ذهب اليه بعض بدعوى الاقتصار على القدر المتيقن

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٧٠

و مع إمكان الاقتراض و البناء عليه يسقط الخيار، للانصراف على إشكال (١). و كذا مع وجود المتبرع.

فى رفع اليد عن إطلاقات و عمومات لزوم الوفاء بالعقود من الكتاب و السنه.

فان هذا لو تم- و لنا فيه كلام طويل ذكرناه فى مباحث الخيارات- فهو انما يتم فيما لو لم يكن لدليل الخيار إطلاق، و الا تقدم إطلاق دليل الخيار على عمومات اللزوم و إطلاقاته قطعا.

و حيث أن المقام من قبيل الثانى، فإن دليل الخيار فيه- أعنى قوله (ع): الا- أن يكون قد أفلس قبل ذلك- مطلق و غير مقيد بزمان معين، فلا وجه للرجوع إلى أدله اللزوم و القول بفوريه الخيار.

(١) قوى جدا، و وجهه ظاهر، فان الانصراف انما

یوجب رفع الید عن الحکم فی غیر المنصرف الیه فیما إذا کان الکلام مجملا أوله ظهور عرفی فی المنصرف الیه، و الا- بان کان الکلام مطلقا و غیر ظاهر فی المنصرف الیه- فالتمسک بالانصراف لا یعدو الاستحسان العقلی المحض.

و حیث أن الإطلاق فی المقام ثابت فان مقتضی قوله (ع):

(الا إذا کان قد أفلس قبل ذلک) کون إفلاس المحال علیه حین الحواله موجبا لتخیر المحتال سواء تمکن بعد ذلک أم لا، فالتمسک بالانصراف للحکم بعدم ثبوت الخیار عند التمکن من الأداء بوجه بعد الإفلاس حین العقد من التمسک بالاستحسان لا الانصراف.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۷۱

[(مسأله ۵): الأقوی جواز الحواله علی البری]

(مسأله ۵): الأقوی جواز الحواله علی البری ء (۱) و لا یکون داخلا فی الضمان (۲).

---

(۱) و تقتضیه مضافا إلی کونها من المعاملات المتعارفه بین العقلاء خارجا و لا سیما بین الأقرباء حیث یحیل الابن دائنه علی أبیه أو أخیه و لم یرد ردع عنها من الشارع المقدس، إطلاقات و عمومات أدله الصحه فإنها عقد من العقود یقتضی تبدیل ما فی ذمه المحیل بما فی ذمه المحال علیه.

بما و یمکن دعوی شمول النصوص الوارده فی الباب لها أیضا حیث لم یرد فی جمله منها ذکر کون المحال علیه مدینا للمحیل.

نعم یعتبر فی صحتها رضی المحال علیه جزما لعدم سلطنه المحیل علی اشغال ذمته- کما تقدم.

(۲) و ان توهمه المحقق (قده) فی الشرائع، و ذلک لافتراقهما فی طرفی العقد فان الضمان عقد بین الدائن و الأجنبی- المضمون له و المضمون عنه- فی حین أن الحواله عقد بین الدائن و المدین- المحیل و المحتال- و لیس المحال علیه طرفا فیه و ان اعتبر رضاه فی بعض الصور.

و تظهر الثمره فی جمله من

الموارد منها ما لو كان المحيل فاقدا لأهليه العقـد كما لو كان صـغيرا أو مجنونا، فإنها تبطل على مختارنا حيث تعتبر فى المحيل أهليته للعقد فى حين تصح على مختار المحقق

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۷۲

[(مسأله ۶): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثه]

(مسأله ۶): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثه (۱).

[(مسأله ۷): يجوز الدور فى الحواله]

(مسأله ۷): يجوز الدور فى الحواله (۲) و كذا يجوز الترامى (۳) بتعدد المحال و اتحاد المحتال (۴)، أو بتعدد

(قده) حيث لا تعتبر فى المضمون عنه أهليته له.

(۱) بلا خلاف فيه، فان عقد الحواله و ان كان لازما على ما تقتضيه أصاله اللزوم فى العقود إلا ما خرج بالدليل، إلا أن اللزوم فيه حقى لا حكمى كما هو الحال فى النكاح حيث ثبت عدم ارتفاعه إلا بالطلاق أو الموت أو الفسخ بأحد موجباته الخاصه.

و من هنـا فلمـا كـان للمتعاقـدين رفع اليـد عنها بعـد ثبوتها كان لهما اشتراط ذلك فى ضـمن العقـد، و إذا جاز ذلك جاز جعله لغيرهما أيضا فان الحق لا يعدوهما و لهما التصرف على ضوء ما يتفقان عليه.

(۲) لإطلاقات أدلتها، فإنها غير قاصـره الشمول لحواله المحال عليه المال ثانيا على المحيل، و لا خصوصيه فيها للحواله الأولى أو غيرها.

(۳) بلا إشكال فيه، لما تقدم.

(۴) بان يحيل المحال عليه الأول المحتال على غيره و يحيله ذلك الغير على غيره أيضا و هكـذا، حيث يبقى المحتال هو المحتال الأول و يكون التعدد فى المحال عليه خاصه.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۷۳

المحتال و اتحاد المحال عليه (۱).

[(مسأله ۸): لو تبرع أجنبى عن المحال عليه برئت ذمته]

(مسأله ۸): لو تـبرع أجنـبى عن المحـال عليه برئت ذمته (۲). و كـذا لو ضـمن عنه ضامن (۳) برضـا المحتال (۴) و كـذا لو تبرع

المحيل عنه (۵)،

[(مسأله ۹): لو أحال علیه فقبل و أدی ثم طالب المحیل بما اداه]

(مسأله ۹): لو أحـال علیه فقبل و أدی ثم طالب المحیل بما اداه، فادعی أنه کان له علیه مال و أنکر المحال علیه، فالقول قوله مع عدم البینه (۶) فیحلف علی براءته و یطـالب عوض مـا أداه، لأصاله البراءه (۷) من شـغل ذمته للمحیل. و دعوی: أن الأصل أیضا عدم

---

(۱) بان یحیل المحتال غیره علی المحال علیه و یحیل ذلک الغیر- المحتال الثانی- غیره علیه و هکـذا. فیکون التعدد فی المحتال دون المحال علیه.

(۲) لما ثبت بالضروره القطعیه من جواز أداء دین الغیر من غیر توقف علی رضاه.

(۳) لعموم أدله الضمان له.

(۴) لما تقدم فی کتاب الضمان من اعتبار رضا المضمون له.

(۵) لما تقدم من جواز أداء دین الغیر، فإنه لا خصوصیه لکون المؤدی هو المحیل أو غیره.

(۶) علی ما تقتضیه قواعد القضاء.

(۷) بل لاستصحاب عدم شغل ذمته، فإنه أصل موضوعی حاکم

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۷۴

اشـتغال ذمه المحیل بهذا الأداء. مدفوعه: بأن الشک فی حصول اشـتغال ذمته و عدمه مسـبب عن الشک فی اشـتغال ذمه المحال علیه و عدمه (۱) و بعـد جریان أصاله براءه ذمته (۲) یرتفع الشک. هـذا علی المختار من صـحه الحواله علی البری ء، و أما علی القول بعدم صـحتها فیقدم قول المحیل، لان مرجع الخلاف إلی صحه الحواله و عدمها، و مع اعتراف المحال علیه بالحواله یقدم قول مدعی الصحه و هو المحیل.

و دعوی: أن تقدیم قول مدعی الصحه انما هو إذا کان النزاع بین المتعاقدین، و هما فی الحواله

المحيل و المحتال،

على أصاله البراءه قطعا، فان المحال عليه لم يكن فى زمان مشغول الذمه للمحيل جزما، فإذا شككنا فى اشتغال ذمته له بعد ذلك كـان مقتضـى الاستصـحاب الحكم بعـدم اشـتغالها و به يتحقق موضوع الضـمان أعنى أداءه لمـا لم يكن بثـابت فى ذمته بأمر من المحيل.

(۱) إذا لو كان المحال عليه مشغول الـذمه للمحيل لكانت ذمه المحيل بريئه قطعا لحصول التهاتر بين ما فى الـذمتين قهرا، و هذا بخلاف ما لو كانت ذمته بريئه له فإن أداء الحواله من قبل المحال عليه موجب لاشتغال ذمه المحيل بمثله له.

(۲) بل الاستصحاب عدم شغل ذمته، فيثبت موضوع الضمان أعنى أداءه لما لم يكن بثابت فى ذمته بأمر من المحيل.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۷۵

و اما المحال عليه فليس طرفا و إن اعتبر رضاه فى صحتها.

مدفوعه:- أولا- بمنع عدم كونه طرفا، فإن الحواله مركبه من إيجاب و قبولين (۱).

- و ثانيا- يكفى اعتبار رضاه فى الصحه (۲) فى جعل اعترافه بتحقق المعامله حجه عليه بالحمل على الصحه.

نعم لو لم يعترف بـالحواله، بل ادعى انه أذن له فى أداء دينه يقـدم قوله لأصاله البراءه من شـغل ذمته (۳) فبإذنه فى أداء دينه له مطالبه عوضه، و لم يتحقق هنا حواله حتى تحمل على الصحه و إن تحقق بالنسبه إلى المحيل و المحتال لاعترافهما بها.

---

(۱) و فيه انه مناف لما ذكره (قده) فى الشرط الأول صريحا من كون الحواله إيقاعا لا عقدا.

(۲) و هو منـاف أيضـا لمـا تقـدم فى الشـرط الثالث من عـدم اعتبار رضا المحال عليه فى صـحه الحواله، باعتبار كونه أجنبيا عن المال بالمره و انما أمره بيد مالكه المحيل فله نقله كيفما شاء بالحواله أو

البیع أو غیرهما من الأسباب.

(٣) أقول: لا یخفی انه بناء علی جریان أصاله الصحه فی أمثال المقام فکما انه لا فرق بین کون دعوی الفساد من أحد المتعاقدین أو الأجنبی فإنه یحمل العقد علی الصحیح و یترتب علیه أثره حتی مع عدم

مبانی العروه الوثقی، ج ٢، ص: ٢٧۶

....

وجود الدعوی خارجا بالمره، کما لو شک الأجنبی فی صحته رأسا لا فرق بین اعتراف المحال علیه بالحواله و عدمه، إذ العبره فی جریانها انما هی بثبوت العقد لا اعتراف الخصم به.

و علیه: فلو ثبتت الحواله فی مورد النزاع بالوجدان أو البینه الشرعیه جرت أصاله الصحه- بناء علی تسلیم جریانها فی أمثال المقام- سواء اعترف المحال علیه بالحواله أم لم یعترف.

الا أن الذی یهون الخطب أن أصاله الصحه غیر جاریه فی أمثال المقام أصلا، و ذلک لما ذکرناه فی مبحث أصاله الصحه من المباحث الأصولیه، أنها لما لم تکن ثابته بدلیل لفظی و انما الدلیل علیها هی السیره العقلائیه القطعیه المتصله بزمان المعصوم (ع) من غیر ردع حیث جرت عادتهم علی الحکم بصحه العقد المشکوک صحته نظیر قاعده الفراغ الجاریه فی عمل الشخص نفسه، فإنهما متحدتان من حیث المدلول تماما و انما الفارق بینهما اختصاص الأولی بعمل الغیر و الثانیه بعمل الشخص نفسه، کان اللازم الاقتصار فیها علی القدر المتیقن و هو خصوص فرض الشک فی صحه العمل المستکمل لجمیع الأرکان و المقومات من جهه الشک فی توفر بعض الشروط أو مزاحمه بعض الموانع الشرعیه.

فإن هذا الفرض هو المورد المتیقن من بناء العقلاء علی الصحه فیه، و الا فلو کان الشک فی صحه العمل ناشئا من الشک فی تحقق أرکان العقد و مقوماته فلم یثبت من العقلاء

بناء على التمسک بهذا

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۷۷

....

الأصل فیه کما لو باع زید دار عمرو بادعاء الوکاله عنه، فإنه لا یمکن الحکم بصحته تمسکا بالأصل، للشک فی سلطنته علی البیع، بل لا بد له من إثبات الوکاله و السلطنه علی هذا التصرف فی الحکم بالصحه.

نعم لو کانت الدار تحت یده بحیث کان ذا ید بالنسبه إلیها، حکمنا بصحه بیعه باعتبار حجیه قول ذی الید.

و کذا الحال لو ادعی أحد المتعاقدین کون الثمن مما لا مالیه له شرعا کالخمر، فإنه لا یمکن إثبات صحه العقد و إلزام مدعی البطلان بما یقوله الآخر لأصاله الصحه، لأنها لا تجری فی موارد الشک فی تحقق أرکان العقد و ما یتوقف علیه عنوانه.

و حیث ان مقامنا من هذا القبیل، باعتبار أن الشک فی صحه الحواله انما هو من جهه الشک فی سلطنه المحیل لإحاله الدین علی غیره فلا یمکن التمسک بأصاله الصحه و الحکم ببراءه ذمه المحیل و اشتغال ذمه المحال علیه له.

و الحاصل: ان اشتغال ذمه الغیر- المحال علیه- لما کان من قوام الحواله- بناء علی عدم صحه الحواله علی البری ء- فلا یمکن التمسک- فی مورد الشک فیه- بأصاله الصحه لإثبات صحه العقد و اشتغال ذمه الغیر بالمال.

ثم ان هذا کله لا یعنی المخالفه فی أصل الحکم، فان ما ذکره الماتن (قده) من أخذ المحال علیه باعترافه صحیح و لا غبار علیه،

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۷۸

....

إلا ان ذلک لا لما أفاده من التمسک بأصاله الصحه، فإنک قد عرفت عدم جریانها فی أمثال المقام، بل لحجیه الظهورات اللفظیه فی مدالیلها الالتزامیه، فإن الاعتراف بالحواله لما کان مدلولا لفظیا کان حجه فی لازمه اعنی اشتغال ذمته

بالمال للمحيل.

و توضيحه: انا قد ذكرنا فی مبحث الأصول المثبته من الاستصحاب، أن المشهور بين الأصحاب و ان كان هو التفصيل فی حجيه اللوازم بين الأمارات و الأصول بالالتزام فی الأولی بالحجيه دون الثانيه، إلا أنه مما لا يمكن المساعده عليه و إثباته بدليل، إذ أن حال الامارات حال الأصول فی اقتصار حدود التعبد الشرعی بالنسبه إلی ثبوت نفس الموضوع دون لوازمه.

و لذا لا يصح الاعتماد فی دخول الوقت علی تجاوز الشمس عن الجهه التی يظن كونها القبله عند الجهل بها، و الحال أن الظن حجه شرعيه بالنسبه إليه بالقياس الی تحديد نفس القبله جزما.

و بعباره اخری: ان الاماره كالأصل لا- يترتب عليها إلا إثبات الموضوع الذی قامت عليه و جرت فيه، و بذلك تثبت الصغری لكبری الحكم الثابت لذلك العنوان.

فلو شككنا فی خمريه مائع و قامت الاماره علی خمريته أو تمسكنا لإثباتها باستصحاب الحاله السابقه، تثبت بذلك الصغری لكبری:

(و كل خمر حرام) خاصه و من غير تعرض لشی ء من اللوازم علی

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۷۹

....

كلا التقديرين.

نعم يستثنی من ذلك ما لو كانت الأماره من قبيل الاخبار- سواء فی ذلك اللفظ و غيره- كالبينه و قول ذی اليد بل مطلق الثقه- علی القول بحجيته-، فإنه يلتزم فيها بثبوت اللوازم و حجيتها بلا اشكال فيه.

و ذلك: لما ذكرناه فی محله من عدم اختصاص دليل حجيه البينه أو قول ذی اليد أو مطلق الثقه بالدلالات المطابقيه، فإنه كما يشمل المداليل المطابقيه يشمل المداليل الالتزاميه أيضا، فإذا أخبرت البينه عن جهه القبله- مثلا- كان ذلك بعينه اخبارا عن دخول الوقت عند تجاوز الشمس عن تلك الجهه، إذ الاخبار عن الملزوم اخبار عن اللازم قهرا و

لا محاله.

و من هنا فلو اعترف المحال عليه بالحواله كان ذلک اعترافا منه باشتغال ذمته للمحيل لا محاله، إذ الظاهر الاعتراف بالحواله الواقعيه لا الصوريه المحضه- كما هو الحال فی سائر موارد الاعتراف- و المفروض انها لا تصح الا عن مشغول الذمه للمحيل.

لكن إثبات المدعی بهذا الطريق انما يتم فی الجمله لا مطلقا، فإنه انما يصح فيما إذا كان المخبر ملتفتا إلی الملازمه، فإنه حينئذ يصح أن يقال ان اخباره عن الملزوم إخبار عن اللازم بعينه.

و أما إذا لم يكن المخبر ملتفتا إلی الملازمه أو كان معتقدا لعدمها لم يصح دعوی كون اخباره عن الملزوم اخبارا عن اللازم، فإن

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۸۰

....

الاخبار من الأمور القصديه فلا يتحقق مع الغفله و عدم الالتفات اليه.

و مما يدل علی ما ذكرناه مضافا الی وضوحه فی نفسه، اتفاقهم علی عدم الحكم علی منكر ضروری من ضروريات الدين بالكفر إذا لم يكن المنكر عالما بكونه من الضروريات و ان إنكاره يستلزم تكذيب النبی (ص) فضلا عما لو كان معتقدا لعدمه.

إذن: فتقديم قول المحيل فی المقام و إلزام المحال عليه باعترافه انما يتم فيما إذا كان المحال عليه ملتفتا إلی الملازمه بين الحواله و اشتغال ذمته بالمال، و الا فلا وجه لجعل اعترافه بها اعترافا باشتغال ذمته.

و كيف كان: فالصحيح فی وجه حجيه المثبتات فی باب الألفاظ خاصه هو التمسک بحجيه الظهورات فی الدلالات الالتزاميه علی حد حجيتها فی الدلالات المطابقيه للسيره العقلائيه القطعيه، فلو أخبرت البينه عن شرب زيد من الماء المعين مع عدم التفاتها الی كفره أو اعتقادها إسلامه، كفی ذلک الاخبار فی حكمنا بنجاسه ذلک الماء لعلمنا بكفره إذ البينه حجه فی المدلول الالتزامی

على حد حجيتها فى المدلول المطابقى.

و على هذا الأساس فيدخل المقام تحت حجيه الظهورات اللفظيه- الثابته ببناء العقلاء- فى المداليل المطابقيه و الالتزاميه لا حجيه الاخبار.

و تفصيل الكلام فى مبحث الأصل المثبت من المباحث الأصوليه فراجع.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۸۱

[(مسأله ۱۰) حال الحواله حال الضمان فى عدم جواز مطالبه العوض الا بعد الأداء]

(مسأله ۱۰) قد يستفاد من عنوان المسأله السابقه حيث قالوا: «لو أحال عليه فقبل و أدى» فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء، أن حال الحواله حال الضمان فى عدم جواز مطالبه العوض الا بعد الأداء فقبله و ان حصل الوفاء بالنسبه إلى المحيل و المحتال، لكن ذمه المحيل لا تشتغل للمحال عليه البرى ء إلا بعد الأداء.

و الأقوى حصول الشغل بالنسبه إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه (۱).

---

(۱) بل الأقوى ما ذهب اليه المشهور من توقف الشغل على الأداء و تفصيل الكلام فى المقام:- ان الحواله قد تكون على مشغول الذمه بمثل ما أحيل عليه، و قد تكون على البرى ء.

ففى الأول لا إشكال و لا خلاف فى اشتغال ذمه المحال عليه للمحال و انتقال الدين من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه بمجرد الحواله كما لا إشكال فى براءه ذمه المحال عليه للمحيل بمجردها، فلا يكون له الرجوع بالمال عليه لانتقال ما كان له فى ذمته إلى ملكيه المحال.

و بعباره أخرى: ان الدين لما كان دينا واحدا غير متعدد، لم يمكن فرض المحال عليه مدينا للمحيل و المحال معا، بل هو مدين لأحدهما خاصه على النحو الذى ذكرناه اعنى للمحيل قبل الحواله

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۸۲

إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبه إلى دين المحيل بمجرده

و للمحال بعدها.

و فى الثانى فإن رفض المحال عليه الحواله أو قبلها و لكن

قلنا بفساد الحواله على البرى ء، فلا ينبغى الإشكال فى عدم اشتغال ذمه المحال عليه للمحال و عدم اشتغال ذمه المحيل له- المحال عليه.

و ان قلنا بصحتها على البرى ء- كما هو الصحيح- و قبل المحال عليه الحواله فلا إشكال فى اشتغال ذمه المحال عليه للمحال بمجرد قبوله للحواله فيجوز له الرجوع عليه و مطالبته بها.

و إنما الكلام فى اشتغال ذمه المحيل حينئذ للمحال عليه و جواز رجوعه عليه بمجرد الحواله و قبل الأداء.

فالمشهور العدم، الا ان الماتن (قده) قد اختار جواز الرجوع عليه بدعوى ان اشتغال ذمه المحال عليه للمحال لا يكون مجانا بل لا بد و ان يقابله اشتغال ذمه المحيل له.

لكن الصحيح ما ذهب اليه المشهور، فان اشتغال الذمه يحتاج الى الدليل و مجرد لزوم المجانيه فى اشتغال ذمه المحال عليه للمحال لا يصلح دليلا لإثبات اشتغال ذمه المحيل للمحال عليه، بعد ان لم يكن يترتب عليه أى ضرر أو نقص مالى بالنسبه إليه- المحال عليه- قبل الأداء فى الخارج، إذ الضرر إنما يترتب على أداءه للمال حيث يستلزم ذلك نقصا فى ماله مستندا إلى أمر المحيل، فيصح له الرجوع عليه لكونه

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۸۳

فكذا فى حصوله بالنسبه إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديونا له، و حصول شغل ذمه المحيل له إذا كان بريئا (۱) و مقتضى القاعده فى الضمان أيضا تحقق شغل المضمون

من موجبات الضمان بالسيره العقلائيه القطعيه على ما تقدم بيانه غير مره.

و الحاصل: انه ما لم يؤد المحال عليه الحواله خارجا لا يصح له الرجوع على المحيل و مطالبته بها نظرا لعدم تحقق الخسران و النقص المالى له و عدم الدليل على اقتضاء مجرد الأمر

الضمان، فإن السيره إنما ثبتت فی خصوص ما لو أدی المأمور ما أمر به و تحمل الخسران نتیجه الأمر.

و بعباره أخری: أن اشتغال الذمه یحتاج إلی الدلیل من نص أو سیره أو معاوضه تقتضی ذلک، و حیث انه لا شی ء منها موجود بالقیاس الی المحیل فلا وجه للحکم باشتغال ذمته.

إذن: فالصحیح انحصار الضمان فی فرض أداء المحال علیه للحواله و علیه فیکون حال الحواله حال الضمان فی عدم جواز رجوع المأمور علی الآمر إلا بعد الأداء بمقتضی القاعده و ان کان النص الوارد مختصا بالضمان.

(۱) بمعنی ان شغل ذمه المحال علیه للمحال لا یمکن أن یکون مجانا بل یقابله شغل ذمه المحیل للمحال علیه، کما أن حصول الوفاء بالنسبه إلی دین المحیل للمحال یقابله حصول الوفاء بالنسبه إلی دین

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۸۴

عنه للضامن بمجرد ضمانه (۱)، الا أن الإجماع و خبر الصلح دلا علی التوقف علی الأداء فیه، و فی المقام لا إجماع و لا خبر، بل لم یتعرضوا لهذه المسأله. و علی هذا فله الرجوع علی المحیل و لو قبل الأداء (۲) بل و کذا لو أبرأه المحتال أو وفاه بالأقل، أو صالحه بالأقل، فله عوض ما أحاله علیه بتمامه مطلقا إذا کان بریئا.

[(مسأله ۱۱): إذا أحال السید بدینه علی مکاتبه بمال الکتابه المشروطه أو المطلقه صح]

(مسأله ۱۱): إذا أحال السید بدینه علی مکاتبه بمال الکتابه المشروطه أو المطلقه صح (۳)، سواء کان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته فی ذمته، و القول بعدم صحته قبل الحلول، لجواز تعجیز نفسه ضعیف، إذ غایه ما یکون

المحال علیه للمحیل.

(۱) و قد عرفت فی محله عدم الدلیل علیه، لانحصاره فی السیره العقلائیه و هی لا تقتضی إلا الاشتغال بعد الأداء.

(۲) ظهر الحال فیه و فیما

يتلوه من الفروع مما تقدم، فان الحال فيها هو الحال فى الضمان حرفا بحرف.

(۳) على القاعده، فإن أمر الدين بيد الدائن و المدين فلهما ان يبدلاه برضاهما بالمال الثابت فى ذمه العبد أو غيره مما تعود ملكيته الى المدين.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۸۵

كونه متزلزلا- (۱) فيكون كالحواله على المشترى بالثمن فى زمن الخيار. و احتمال عدم اشتغال ذمه العبد، لعدم ثبوت ذمه اختياريه له فيكون وجوب الأداء تكليفيا. كما ترى (۲)

---

(۱) و هو غير قادح، إذ لا يعتبر فى صحه الحواله كون اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل على نحو اللزوم، بل يكفى ثبوت أصل الاشتغال و ان كان جائزا.

هذا مضافا إلى عدم الدليل على جواز تعجيز العبد نفسه عن أداء مال الكتابه، بل الثابت عدمه، فإن الكتابه من العقود اللازمه و كما لا- يجوز للمولى رفع اليد عنها لا يجوز للعبد تعجيز نفسه بل يجب عليه السعى لتحصيل المال و أداء ما وجب عليه نتيجه العقد.

(۲) إذ لا مانع من اشتغال ذمه العبد على حد اشتغال ذمه الأحرار- كما هو الحال فى إتلافاته و ضماناته- غايه الأمر أنه فى غير الكتابه يتبع به بعد العتق، لعدم جواز مزاحمه حق المولى، و حيث ان هذا المانع مفقود فى الكتابه فلا محذور فى اشتغال ذمته للمولى بمجرد عقد الكتابه و للمحتال بالحواله الصادره من المولى، فيحكم بانتقال الدين الثابت فى ذمه المولى إلى ذمه العبد.

على أنه لو صحت هذه الدعوى لكان لازمها الحكم ببطلان الحواله على العبد مطلقا و من غير تفصيل بين حلول النجم و عدمه،

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۸۶

ثم ان العبد بقبول الحواله يتحرر (۱)، لحصول وفاء مال الكتابه بالحواله (۲)

و لو لم يحصل الأداء منه (۳)، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه (۴). و ما عن المسالک من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء، لأن الحواله ليست

إذ لا أثر للحلول فی قابليه ذمه العبد للاشتغال و عدمه، و الحال ان القائل بهذا التفصيل- و هو الشيخ (قده) على ما نسب اليه- لم يلتزم بذلک فی فرض الحلول.

(۱) لا وجه لتقييد الحكم بقبول العبد للحواله، فان قبوله و عدمه فی ذلک سيان، إذ المفروض كون الحواله على مشغول الذمه للمحيل و قد عرفت عدم اعتبار قبول المحال عليه عند ذلک، لانه ليس إلا وعاء و ظرفا لمال المحيل فلا يملک حق منع تصرف المالک فی ماله.

و كان الأولى ابدال كلمه (القبول) بكلمه (التحقق) فيقال:

ثم ان العبد بتحقق الحواله يتحرر.

(۲) نظرا لاستلزامها لفراغ ذمه المحال عليه العبد من دين المولى فی قبال اشتغال ذمته بمثله للمحال.

(۳) فان براءه ذمه العبد انما تحققت بمجرد الحواله و اشتغال ذمته للمحيل.

(۴) لانعتاقه قبله بتحقق الحواله و براءه ذمه العبد من الدين بالنسبه للمولى.

مبانی العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۸۷

فی حكم الأداء، بل فی حكم التوكيل و على هذا إذا أعتقه المولى صح و بطلت الكتابه، و لم يسقط عن المكاتب مال الحواله، لأنه صار لازما للمحتال، و لا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحواله. فيه نظر من وجوه (۱) و كأن دعواه أن الحواله ليست فی حكم الأداء إنما هی بالنظر الى

---

(۱) الأول: انه لو كانت الحواله توكيلا لما كان وجه للالتزام ببراءه ذمه المحيل من دين المحتال، و انتقاله إلى ذمه المحال عليه، فان الوكاله لا تقتضی إلا قيام الوكيل مقام الموكل فی الأداء خاصه مع بقاء

الموكل هو مشغول الذمه بالدين، و الحال انه- رحمه اللّه- قد سلم براءه ذمه المولى- المحيل- بالتزامه باشتغال ذمه العبد- المحال عليه.

الثانى: انه لا- وجه للحكم باشتغال ذمه العبد بالمال بعد الحكم بصحه العتق و بطلان الكتابه مع التزام كون الحواله توكيلا، إذ التوكيل انما تعلق بالأداء من مال الكتابه و المفروض انتفاء موضوعه نظرا لبطلانها، و معه فلا مبرر لبقاء اشتغال الذمه.

الثالث: لو سلمنا اشتغال ذمه العبد للمحتال من ماله الخاص نظرا لانتفاء موضوع مال الكتابه، كان لازم ذلک الحكم بضمان السيد لما يغرمه و جواز رجوع العبد عليه بما أداه للمحتال، و ذلک للسيره العقلائيه القطعيه على ضمان الآمر لما يغرمه المأمور بسبب أمره، فإن سبب خسران العبد للمال لما كان هو أمر المولى و حوالته عليه كان

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۸۸

ما مر (۱) من دعوى توقف شغل ذمه المحيل للمحال عليه على الأداء- كما فى الضمان- فهى و ان كان كالأداء بالنسبه إلى المحيل و المحتال فبمجردها يحصل الوفاء و تبرأ ذمه المحيل لكن بالنسبه إلى المحال عليه و المحيل ليس كذلک. و فيه منع التوقف المذكور كما عرفت، فلا فرق بين المقامين فى كون الحواله كالأداء فيتحقق بها الوفاء.

[(مسأله ۱۲): لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمنها صح]

(مسأله ۱۲): لو باع السيد مكاتبه سلعه فأحاله بثمنها صح (۲)، لان حاله حال الأحرار، و من غير

موجبا لرجوعه عليه به.

(۱) و فيه: أن كلا- من المسألتين أجنبيه عن الأخرى و لا ارتباط بينهما، فان النزاع السابق انما كان فى الحواله على البرى ء دون مشغول الذمه، و إلا فقد عرفت عدم الخلاف فى انتقال الدين من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه بمجرد الحواله و عدم جواز رجوع الأخير

على الأول إذا كان مشغول الذمه له بمثل ما أحيل عليه، فى حين أن محل نزاعنا فى هذه المسأله مع الشهيد (قده) إنما هو فى الحواله على مشغول الذمه حيث أن العبد مشغول الذمه لمولاه بسبب الكتابه، فلا وجه لجعل إحداهما مبنيه على الأخرى.

(۲) بلا إشكال فيه، لتماميه أركان البيع و الحواله، فإن العبد مرخص و مأذون فى الاكتساب لتحصيل مال الكتابه سواء فى ذلك

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۸۹

فرق بين سيده و غيره و ما عن الشيخ من المنع ضعيف (۱)

مولاه و غيره، فإذا اشترى من المولى شيئا أصبح مشغول الذمه له بثمنه، و معه يصح للمولى إحاله دائنه عليه لاستيفاء دينه منه.

(۱) لوضوح فساد ما استدل له على مدعاه من ان المكاتبه لما كانت من العقود الجائزه فإذا باع المولى من عبده شيئا و قلنا بصحته و بثبوت الثمن فى ذمته، كان لازمه القول باشتغال ذمه العبد لسيده بعد فسخ المكاتبه، و هو محال لان العبد و ما فى يده لمولاه.

و وجه الفساد ما عرفته من عدم المحذور فى الالتزام باشتغال ذمه العبد سواء فى ذلک للمولى و غيره، كما هو الحال فيما لو أتلف العبد مال مولاه، فإنه موجب لضمانه و اشتغال ذمته به غايه الأمر انه يتبع به بعد العتق.

على انک قد عرفت فى المسأله السابقه انه لا أساس لكون المكاتبه من العقود الجائزه فإنها عقد لازم و لا يجوز للعبد تعجيز نفسه.

و لو تنزلنا عن ذلک كله فغايه ما يلزم منه الحكم بانفساخ البيع عند انفساخ المكاتبه لاستلزام بقاءه اشتغال ذمه العبد لمولاه و هو غير ممكن على الفرض، لا الحكم ببطلانه رأسا من الأول، فإنه لا مبرر

له بعد ما كان العبد مرخصا فى معاملاته.

على ان كلامنا فى المقام انما هو فى صحه الحواله و عدمها و هو يعنى فرض صحه البيع أمرا مفروغا عنه، و الا فالكلام فى صحه البيع و عدمها

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۹۰

[(مسأله ۱۳): لو كان للمكاتب دين على أجنبى فأحال سيده عليه من مال الكتابه صح]

(مسأله ۱۳): لو كان للمكاتب دين على أجنبى فأحال سيده عليه من مال الكتابه صح (۱) فيجب عليه تسليمه للسيد (۲)، و يكون موجبا لانعتاقه، سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا (۳).

[(مسأله ۱۴): لو اختلفا فى أن الواقع منهما كانت حواله أو وكاله]

(مسأله ۱۴): لو اختلفا فى أن الواقع منهما كانت حواله أو وكاله، فمع عدم البينه يقدم قول منكر الحواله سواء كان هو المحيل أو المحتال، و سواء كان ذلک قبل القبض من المحال عليه أو بعده، و ذلک لأصاله بقاء اشتغال ذمه المحيل للمحتال و بقاء اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل، و أصاله عدم ملكيه المال المحال به للمحتال (۴) و دعوى: أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيه المحتال، فيكون المحيل المنكر للحواله مدعيا، فيكون القول قول المحتال فى هذه الصوره.

انما يكون فى كتاب البيع لا كتاب الحواله.

(۱) على القاعده، لما عرفت من أن أمر الدين بيد مالكه فله نقل ملكيته الى المحتال برضاه، لأن الحق لا يعدوهما.

(۲) لكونه المالک الجديد.

(۳) لحصول الوفاء و فراغ ذمه المحيل بالنسبه إلى المحتال بمجرد الحواله.

(۴) و جمع الكل أصاله عدم تغير الواقع عما كان عليه، فان

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۹۱

مدفوعه: بأن مثل هذه اليد لا يكون اماره على ملكيه ذيها (۱). فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله الى شخص و ادعى انه دفعه امانه و قال الآخر: دفعتنى هبه أو قرضا فإنه لا يقدم قول ذى اليد. هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، و اما إذا علم و كان ظاهرا فى الحواله أو فى الوكاله فهو المتبع. و لو علم أنه قال: «أحلتک على فلان» و قال «قبلت» ثم اختلفا فى أنه حواله أو وكاله،

فربما يقال: إنه يقدم قول مدعى الحواله، لأن الظاهر من لفظ «أحلت» هو الحواله المصطلحه، و استعماله فى الوكاله مجاز فيحمل على الحواله. و فيه: منع الظهور المذكور (٢).

مقتضى استصحاب بقاء ما كان على ما كان الحكم ببقاء اشتغال ذمه المحيل للمحتال و ذمه المحال عليه للمحيل و عدم ملكيه المال المحال به للمحتال و لازم ذلك كله عدم الحواله لاقتضاءها براءه الذمتين و ملكيه المحتال للمال المحال به على عكس الوكاله.

(١) لقصور أدله حجيه اليد و إثباتها للملكيه عن شمول موارد اعتراف ذى اليد بسبق الملك لغيره مدعيا الانتقال إليه، فإنه لم يثبت كون مثل هذه اليد اماره على ملكيه ذيها، بل الثابت عدمها، و من هنا فيلزم ذا اليد الإثبات باعتبار كونه مدعيا.

(٢) و فيه ما لا يخفى، فان النقل مأخوذ فى مفهوم الحواله بجميع

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٢

نعم لفظ الحواله ظاهر فى الحواله المصطلحه، و أما ما يشتق منها كلفظ: «أحلت» فظهوره فيها ممنوع. كما أن لفظ الوصيه ظاهر فى الوصيه المصطلحه، و أما لفظ:

«أوصيت» أو «أوصيك بكذا» فليس كذلك (١) فتقديم

اشتقاقاته، لأنها- و كما عرفت فى أول الكتاب- مأخوذه من الإحاله و التحويل، و هما فى اللغه بمعنى النقل من مكان الى مكان أو حال الى حال أو زمان الى زمان كما هو الحال فى تحويل السنه.

فالنقل دخيل فى المبدأ و جميع اشتقاقاته و مأخوذ فى مفهومها، و معه فلا يصح حمل بعض المشتقات على الوكاله التى هى خاليه عن النقل بالمره.

و ما عن الشهيد الثانى (قده) من دعوى تضمن الوكاله لنقل حق مطالبه الدين الثابت للدائن إلى الوكيل.

واضح الفساد، إذ الوكاله لا تقتضى انتقال حق الموكل فى

المطالبه إلى الوكيل بحيث يمنع هو من المطالبه بدينه، فإن غايه ما فى الأمر إعطاء الموكل حقا للوكيل فى مقابل حقه نفسه بحيث يكون لكل منهما المطالبه بالدين.

و الحاصل: ان حق المطالبه لا- ينتقل من الموكل الى الوكيل، فإنه باق له كما كان، و معه يكون استعمال لفظ «أحلتك» فيها استعمالا مجازيا قطعا. فلا يصح حمله عليها.

(١) لجواز استعماله فى العهد و الأمر كما فى قوله تعالى:

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٣

قول مدعى الحواله فى الصوره المفروضه محل منع.

[(مسأله ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشترى بالثمن]

(مسأله ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشترى بالثمن، أو أحال المشترى بالثمن على أجنبى برى ء أو مديون للمشترى ثم بان بطلان البيع، بطلت الحواله فى الصورتين، لظهور عدم اشتغال ذمه المشترى للبائع و اللازم اشتغال ذمه المحيل للمحتال (١) هذا فى الصوره الثانيه، و فى الصوره الأولى و ان كان المشترى محالا- عليه و يجوز الحواله على البرى ء، الا- أن المفروض اراده الحواله عليه من حيث ثبوت الثمن فى ذمته، فهى فى الحقيقه حواله على ما فى ذمته لا عليه (٢). و لا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده، فإذا كان بعد

«وَ أَوْصانِي بِالصَّلاهِ وَ الزَّكاهِ ما دُمْتُ حَيًّا» «١».

(١) إذ بدونه لا يكون هناك دين كى ينقل بموجب الحواله من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه.

(٢) و فيه ما لا يخفى فان المحال عليه انما هو الشخص نفسه لا الدين الثابت فى ذمته، إذ لا معنى لجعل الدين محالا عليه و ملزما بأداء دين المحتال.

نعم الداعى و الباعث إلى الحواله على الشخص المعين اعتقاده كونه

---

(١) مريم: ٣١.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٤

....

مدينا و مشغول

الـذمه له، و من الواضـح ان تخلف هـذا الاعتقاد لا يوجب ظهور انتفاء المحال عليه بوجه، فإنه كان و لا يزال موجودا، غايه الأمر ان المقام يدخل فى كبرى تخلف الداعى و الخطأ فى التطبيق و قد عرفت انه لا يقتضى البطلان.

إذن: فالصـحيح فى وجه البطلان ان يقال: ان هذه الحواله بعد ظهور عدم اشتغال ذمه المحال عليه للمحيل تكون من الحواله على البرى ء قهرا، فيتوقف صـحتها على قبول المحـال عليه و رضـاه لا محاله إذ لا سـلطنه للمحيل فى اشـغال ذمه المحال عليه البرى ء للمحتال من غير رضاه.

و من هنـا فحيث ان المفروض فى المقـام عـدم رضـاه فلا محيص عن الحكم ببطلانها، فان أداءه للمال المحال به انما كان لأجل اعتقاد كونه مدينا للمحيل و ملزما بالأداء شرعا و لم يكن من جهه قبوله للحواله بحد ذاتها.

و بعباره اخرى: ان قبوله متفرع على اعتقاده اشـتغال ذمته فلا ينفع شـيئا باعتبار ان المطلوب فى الحواله على البرى ء القبول الـذى يتفرع عليه اشتغال الذمه.

و الحاصل: ان المشترى لما لم يكن يقبل الحواله بعنوانها و يرضى باشتغال ذمته و هو برى ء، تعين الحكم بفسادها.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۹۵

القبض يكون المقبوض باقيا على ذلك المشترى (۱) فله الرجوع به و مع تلفه يرجع على المحتال فى الصوره الأولى و على البائع فى الثانيه.

[(مسأله ۱۶): إذا وقعت الحواله بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقاله أو بأحد الخيارات فالحواله صحيحه]

(مسأله ۱۶): إذا وقعت الحواله بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقاله أو بأحد الخيارات فالحواله صحيحه، لوقوعها فى حال اشتغل ذمه المشترى بالثمن، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين فى ما انتقل اليه ثم حصل الفسخ

---

(۱) و هو انما يتم فيما إذا لم تكن الحواله على البرى ء، و الا فالمقبوض باق على ملكه

يرجع به على البائع ان كانت العين موجوده، و الا تخير فى الرجوع على كل من البائع و المشترى.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مبانى العروه الوثقى، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

مبانى العروه الوثقى؛ ج ۲، ص: ۲۹۵

اما الأول: فلأخذه ماله على نحو التبرع و المجانيه، فإنه موجب للضمان بالسيره العقلائيه القطعيه.

و اما الثانى: فلكون الأداء بأمر منه، و قد عرفت ضمان الآمر للخسارات الماليه الوارده على المأمور بسبب أمره.

ثم ان رجع البرى ء على البائع و أخذ منه بدل ماله مثلا- أو قيمه فليس له الرجوع على المشترى بما غرمه، و ان رجع على المشترى به كان له الرجوع على البائع بما غرمه لاستقرار الضمان عليه نظرا لتلف المال عنده فلا يكون له مجانا.

و تفصيل الكلام فى مبحث تعاقب الأيدى من المكاسب فراجع.

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۲۹۶

فان التصرف لا يبطل بفسخ البيع (۱). و لا- فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحواله أو بعده (۲)، فهى تبقى بحالها و يرجع البائع على المشترى (۳) بالثمن. و ما عن الشيخ و بعض آخر من الفرق بين الصورتين و الحكم بالبطلان فى الصوره الثانيه- و هى ما إذا أحال المشترى البائع بالثمن على أجنبى- لأنها تتبع البيع فى هذه الصوره حيث أنها بين المتبايعين بخلاف الصوره الأولى. ضعيف (۴)

---

(۱) إذ الفسخ لا يقتضى رفع الآثار و البطلان من الأول، و انما يقتضى عدم ترتب الآثار من حينه.

و الحاصل: ان الفسخ لا يؤثر فى صحه العقود السابقه عليه، فإنها تبقى كما كانت لصدورها من أهلها و وقوعها فى محلها، و من هنا فينحصر حق مالك

العين المنقوله- ثمنا كانت أم مثمنا- فى الرجوع الى البدل.

(٢) لحصول النقل و الانتقال فى الدين بمجرد تحقق الحواله.

(٣) و هو من سهو القلم. و الصحيح و يرجع المشترى على البائع.

(۴) فإن الحواله معامله مستقله عن المعامله الأولى- البيع- تماما و ان اتحد الطرفان فيهما، إذ العبره انما هى بتعدد المعامله و اتحادها لا تعدد الطرفين فى المعاملتين و اتحادهما.

و الحاصل: انه لا- موجب لبطلان المعامله الثانيه و انفساخها بانفساخ البيع فإنها معامله مستقله عنه و لا علاقه لها به من حيث الفسخ.

مبانى العروه الوثقى، ج ٢، ص: ٢٩٧

و التبعيه فى الفسخ و عدمه ممنوعه (١) نعم هى تبع للبيع حيث انها واقعه على الثمن، و بهذا المعنى لا فرق بين الصورتين. و ربما يقال ببطلانها إن قلنا انها استيفاء، و تبقى ان قلنا انها اعتياض. و الأقوى البقاء و إن قلنا إنها استيفاء، لأنها معامله مستقله لازمه لا تنفسخ بانفساخ البيع، و ليس حالها حال الوفاء بغير معامله لازمه، كما إذا اشترى شيئا بدراهم مكسره فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئا آخر وفاء، حيث انه إذا انفسخ البيع يرجع اليه ما دفع من الصحاح أو الشى ء الآخر، لا الدراهم المكسره، فإن الوفاء بهذا النحو ليس معامله لازمه (٢)

نعم هى تابعه له من حيث أصل الوجود باعتبار انها واقعه على الثمن، فإذا تحقق صحت الحواله و لزمت سواء فسخ بعد ذلك أم لم يفسخ، فإنهما سيان بالنسبه إليها.

(١) فإن حالها فى ذلك حال سائر التصرفات الصادره من أحد المتبايعين، حيث قد عرفت عدم تأثير الفسخ على شى ء منها على الإطلاق.

(٢) فيه اشكال بل منع، فان الظاهر لزوم الوفاء مطلقا و عدم تبعيته للبيع

فی الانفساخ، فان سلب ملکیه الدائن عما قبضه عوضا عن حقه برضا المدین و وفاء منه یحتاج الی الدلیل و هو مفقود، و بعباره اخری: ان أداء المدین لدینه بغیر ما ثبت فی ذمته وصفا

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۹۸

بل یتبع البیع فی الانفساخ، بخلاف ما نحن فیه، حیث أن الحواله عقد لازم و ان کان نوعا من الاستیفاء.

[(مسأله ۱۷): إذا کان له عند وکیله أو أمینه مال معین خارجی، فأحال دائنه علیه]

(مسأله ۱۷): إذا کان له عند وکیله أو أمینه مال معین خارجی، فأحال دائنه علیه لیدفع الیه بما عنده فقبل المحتال و المحال علیه (۱)

أو جنسا و قبض الدائن له برضاه و اختیاره موجب لملکیته- الدائن- له، و من هنا فیکون تصرف المدین فیه بعد ذلک تصرفا فی مال الغیر بغیر رضاه و أکلا للمال لا عن تراض، و لذا لم یلتزم أحد من الأصحاب قط بجواز رجوع المعطی فیما أعطاه قبل الفسخ لیبدله بمثله جنسا و وصفا فضلا عن غیر المماثل له، فإنه لیس الا لاحتیاج سلب الملکیه بعد ثبوتها الی الدلیل و هو مفقود.

و الحاصل: ان الوفاء معامله لازمه مطلقا سواء فی ذلک ما کان بنحو الحواله أو غیرها.

(۱) أما المحتال فلا ینبغی الشک فی اعتبار قبوله، إذ لا یلزمه القبول بالرجوع علی غیر المدین فان له رفض ذلک و مطالبه ماله من شخصه.

و أما المحال علیه فلا وجه لاعتبار قبوله، فان المال لغیره و لیس هو إلا أمینا علیه أو وکیلا فیه، فعلیه امتثال طلب المالک أداءه إلی غیره علی حد طلبه تسلیمه إلی نفسه.

مبانی العروه الوثقی، ج ۲، ص: ۲۹۹

وجب علیه الدفع الیه (۱)، و ان لم یکن من الحواله المصطلحه (۲). و إذا لم یدفع له الرجوع علی المحیل

لبقاء شغل ذمته. و لو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل

و الحاصل: ان المحال عليه ليس مخيرا فى الأداء و عدمه كى يعتبر قبوله بل يلزمه امتثال الأمر و تسليم المال الى مالكه أو من يقوم مقامه.

و لعل الماتن (قده) إنما أخذ هذا القيد مقدمه لما سيأتى منه من ضمان المحال عليه معللا ذلك بالغرور، لعدم تحقق الغرور بغير القبول جزما.

(١) فان المال مال المحيل و أمره بيده و ليس المحال عليه إلا وعاء و ظرفا له، فيجب عليه تسليمه الى المحتال كما كان يجب عليه تسليمه الى نفس المحيل لو كان يطلبه منه، فإن إعطاءه له بمنزله إعطاءه اليه، و ليس له التخلف عن طلبه حتى بحجه تسليمه الى المحيل نفسه.

بل لو فعل ذلك لكان ضامنا للمال و خرج عن عنوان الأمين إلى عنوان المتعدى و الغاصب.

(٢) لعدم انتقال الدين من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فان المحيل يبقى بنفسه مشغول الذمه للمحتال الى حين وصول حقه منه مباشره أو من وكيله أو أمينه.

المحال عليه (١) إذا كانت الخساره الوارده عليه مستندا اليه للغرور.

(تم كتاب الحواله)

---

(١) و فيه ما لا يخفى لمنع الغرور صغرى و كبرى.

أما الأول: فلعدم صدقه فيما إذا كان المحال عليه بانيا على الأداء و الدفع ثم بدا له ما يمنعه عنه، فإنه لا يصدق عليه التغرير قطعا.

و كذا لو كان المحال عليه عالما بالتزام المحيل بدفع المال و إفراغ ذمته، فان امتناعه حينئذ لا يوجب صدق الغرور بعد اعتقاده وصول الحق الى صاحبه.

و أما الثانى: فلما عرفته غير مره من عدم إيجاب مجرد الغرور للضمان، و لذا لم يلتزم أحد قط بضمان

من رغّب غيره فى سلعه بدعوى زياده قيمتها فى المستقبل أو زياده الرغبه عليها فظهر العكس و خسر المشترى.

و بالجمله: فمجرد الغرور ليس من أسباب الضمان، على أن صدقه فى بعض الموارد محل منع.

و بهذا ينتهى كتاب الحواله و بالفراغ منه يتم الفراغ من كتاب العروه الوثقى بتمامه و ذلك على حسب منهج سيدنا الأستاذ الوالد- دام ظله- فى الدرس.

و إنى إذ أحمد اللّه تبارك و تعالى على ما وفقنى لحضوره من محاضرات

مبانى العروه الوثقى، ج ۲، ص: ۳۰۱

....

سيدنا- دام ظله- و تحريرها، لأسئله أن يطيل فى عمره الشريف منارا و ملاذا للمسلمين.

و كان الفراغ منه فى يوم الثلاثاء العاشر من ربيع الأول سنه ألف و أربعمائه و خمسه من الهجره النبويه الشريفه، و ذلك بمدرسه دار العلم- العامره حتى ظهور الحجه البالغه إنشاء اللّه- جنب الروضه العلويه المقدسه على مشرفها آلاف التحيه و الثناء.

و أنا الأقل: محمد تقى الخويى

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مبانى العروه الوثقى، ۲ جلد، منشورات مدرسه دار العلم - لطفى، قم - ايران، اول، ۱۴۰۹ ه ق

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ١۴٢۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزی ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فی طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز القائمية اصفهان للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى

ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

وللايصاء من فضلكم

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

